

**УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

Ивана Д. Миљуш

**НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ „ОРУЖЈА“
У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**

Докторска дисертација

Београд, 2021

**UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW**

Ivana D. Miljuš

**THE PRINCIPLE OF EQUALITY
OF „ARMS“ IN CRIMINAL PROCEDURE**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2021

Подаци о ментору, члановима Комисије за одбрану докторске дисертације и датуму одбране

Ментор: др Милан Шкулић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

1. др Милан Шкулић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
2. др Горан Илић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
3. др Станко Бејатовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, у пензији
4. др Татјана Бугарски, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду
5. др Вања Бајовић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Датум одбране:

НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ „ОРУЖЈА“ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: Предмет докторске дисертације је начело једнакости „оружја“ и његова примена у кривичном поступку. Истраживање обухвата изворе и основе начела, појам и његове одлике у правној теорији, судској пракси Европског суда за људска права и упоредном праву. Разматра се начин остваривања захтева начела у кривично процесном законодавству и у поступку примене закона. Аутор анализира основне одредбе Закона о кривичном поступку, начела, институте и основна правила који су претпоставке и средства за једнакост „оружја“ у кривичном поступку и одражавају садржину начела. Централни делови истражују примену начела у фазама истраге, оптужења, на главном претресу и у поступку по правним лековима. Разлог опредељења за тему је тумачење да *ratio legis* новина у кривичном поступку да се обезбеди једнакост „оружја“ јавног тужиоца и окривљеног. Установљење јавно–туžilачке истраге, елемената страначког поступка и сужавање доказних овлашћења суда, нагласили су потребу да се у кривичном поступку обезбеди заштита начела.

Циљ рада је да се начело свеобухватније размотри истраживањем правне теорије, судске праксе и нормативном анализом тиме пружидопринос науци кривичног процесног права. Ради откривања препрека за остваривање начела у пракси и разматрања потенцијалног развоја законодавства, даје се преглед и систематизују позитивно правна решења. Упоредо, циљ су смернице јавно –туžilачкој и судској пракси за вођење кривичног поступка уз настојање да се заштити начело једнакости „оружја“.

Основни резултати истраживања су дефинисање појма једнакости „оружја“ радијачања заштитних гаранција начела, смерницемарљиве и брижљиве примене начела у пракси, потреба успостављања равнотеже трагања за истином и захтева права на правично суђење, анализа допуштених ограничења права на одбрану која не резултују повредом начела, те допуштених поступања суда по службеној дужности из перспективе примене начела. Темелни закључци су потврде постављених хипотеза, потреба паралелног установљења начела истине и једнакости „оружја“, јачања контролне улоге суда у фази истраге и оптужења ради заштите начела, границе поступања суда по службеној дужности постављене захтевима начела, елиминисање законске неједнакости странака у поступку по жалби и специфична примена начела у поступку по ванредним правним лековима.

Разнолике методе истраживања, истраживачке стратегије и технике прикупљања података примењују се у циљу повезивања научних, практичних знања и вештина. Упоредо се истичу научна, стручна мишљења и ставови судске праксе. Начело једнакости „оружја“ обрађује се из новог угла у циљу да се пружи допринос развоју правне науке, законодавства и судске праксе. Методи истраживања користе се равномерно у анализи општих института и фаза кривичног поступка ради целокупног увида у остваривање начела.

Кључне речи: начело једнакости „оружја“, кривични поступак, право на правично суђење, јавни тужилац, окривљени, суд, истрага, оптужење, главни претрес, правни лек

Научна област: правне науке

Ужа научна област: кривично право

THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF „ARMS“ IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The subject of the Doctoral Dissertation is the principle of equality of “arms” and its application in criminal proceedings. Research included sources and basics of the principle, concept and its features in legal theory, the case law of the European Court of Human Rights and comparative law, the requirements of the principle in criminal procedure legislation and in the law enforcement process. The author analyzes the basic provisions of the Criminal Procedure Code, principles, institutes and basic rules that are the assumptions and instruments for equality of “arms” in criminal proceedings and reflect on the substance of the principle. The central focus is the application of the principle in the stages of investigation, indicting, trial and in legal remedies proceedings. The reason for choosing the topic is due to the observation that the *ratio legis* of a new element in criminal proceedings is to ensure the equality of “arms” of the public prosecutor and the defendant. The establishment of the public prosecutor's investigation, the elements of the adverse procedure and reducing the evidentiary powers of the court emphasized the need to ensure the protection of the principle in criminal proceedings.

The aim of this paper is to consider the principle more comprehensively by researching legal theory, case law and normative analysis and thereby contribute to the science of criminal procedural law. In order to identify obstacles to the implementation of the principle in practice and to consider the potential development of legislation, a review and systematization of positive legal solutions is given. At the same time, the aim is to provide guidance to public prosecutors and court practice in conducting criminal proceedings in an effort to protect the principle of equality of “arms”.

The basic results of the research include a definition of the concept of equality of “arms”, for strengthening the safeguards of the principle, guidelines for the diligent and careful application of the principle in practice, the need to establishing balance between the search for truth and the right to fair trial, an analysis of the permissible limitations on the rights of the defense which do not result in a breach of the principle, and of the court's *ex officio* powers from the perspective of applying the principle. The basic conclusions are the confirmation of the set hypotheses, the need for parallel establishment of the principles of truth and equality of “arms”, strengthening the control role of the court in the investigation and indicting phase to protect the principle, the limits of the *ex officio* powers of the court set by the requirements of the principle, elimination of legal inequality of the parties in the appeal procedure and specific application of the principle in the procedure of extraordinary legal remedies.

Various research methods, strategies and data collection techniques are applied to link scientific, practical knowledge and skills. Scientific, professional opinions and jurisprudence are equally emphasized. The principle of equality of “arms” is being analyzed from a new angle in order to contribute to the development of legal science, legislation and case law. Research methods are used evenly in the analysis of general institutes and phases of criminal proceedings for the purpose of overall insight into the realization of the principle.

Key words: principle of equality of “arms”, criminal proceedings, right to a fair trial, public prosecutor, defendant, court, investigation, indictment, trial, legal remedy

Scientific field: Legal Science

Specific scientific field: Criminal Law

САДРЖАЈ

УВОДНА РАЗМАТРАЊА	1
ОПШТИ ДЕО	7
ПРВО ПОГЛАВЉЕ ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ПОЈАМ ЈЕДНАКОСТИ „ОРУЖЈА“	7
1. Општа разматрања о правичности.....	8
2. Право на правично суђење	10
2.1. Историјски развој права на правично суђење.....	11
2.2. Начело правичног поступка у континентално – европском кривично процесном праву	14
2.2.1. Немачка.....	15
2.2.2. Француска.....	18
2.3. “ <i>Due process of law</i> ” у англо – америчком праву.....	19
2.3.1. Велика Британија.....	21
2.3.2. Сједињене Америчке Државе.....	23
2.4. Начело правичног поступка и једнакости „оружја“ у изворима кривичног процесног права држава некадашње СФРЈ	27
2.4.1. Црна Гора.....	27
2.4.2. Босна и Херцеговина	30
2.4.3. Хрватска.....	32
2.4.4. Северна Македонија.....	35
2.4.5. Словенија.....	38
2.5. Теоријски приступ праву на правично суђење	42
2.6. Право на правично суђење у пракси ЕСЈП	44
2.6.1. Унутрашња структура члана 6 ЕКЈП	45
2.6.2. Утврђивање повреде члана 6 Конвенције	47
3. Појам једнакости „оружја“	48
3.1. Једнакост „оружја“ у правној теорији	50
3.2. Идеја равнотеже	52
3.3. Начело једнакости „оружја“ у судској пракси ЕСЈП	54
3.3.1. Дефиниција начела	54
3.3.2. Положај начела у структури члана 6 Конвенције.....	57
3.3.3. Поље слободне процене држава	58
3.4. Однос начела једнакости „оружја“ са другим начелима кривичног поступка.....	61
3.4.1. Начело једнакости „оружја“ и начело расправности.....	62
3.4.2. Начело једнакости „оружја“ и истина у кривичном поступку.....	65
ДРУГО ПОГЛАВЉЕ ЈЕДНАКОСТ „ОРУЖЈА“ И ОСНОВНИ ИНСТИТУТИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА.....	71

1. Извори права.....	72
1.1. Устав Републике Србије	73
1.2. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода.....	75
1.3. Закони	76
1.4. Међународноправни документи	78
2. Основне одредбе Законика о кривичном поступку	79
2.1. Претпоставка невиности и начело једнакости „оружја“	81
2.2. Терет доказивања и равнотежа положаја странака	89
2.3. Непристрасност јавног тужиоца и начело једнакости “оружја“	94
2.4. Независност и непристрасност суда и начело једнакости „оружја“	98
2.5. Поуке о правима окривљеног	103
2.5.1. Поуке према форми изражавања	104
2.5.2. Поуке према фази поступка	105
2.5.3. Поуке према садржини.....	106
2.6. Дужност пружања помоћи учеснику у поступку	108
2.7. Суђење у присуству окривљеног	109
2.8. Ограничења правила суђења у присуству.....	112
2.8.1. Суђење у одсуству	112
2.8.2. Одржавање главног претреса у одсуству оптуженог у скраћеном поступку.....	117
2.8.3. Одсуство оптуженог пред другостепеним судом	118
2.8.4. Други случајеви ограничења права на присуство оптуженог.....	119
3. Овлашћени тужиоци и начело једнакости „оружја“	121
3.1. Појам и врсте овлашћених тужилаца	122
3.2. Сужавање могућности оштећеном да стекне својство оштећеног као тужиоца.....	126
3.3. Процесни положај приватног тужиоца у фази оптужења	130
3.4. Противтужба	132
3.5. Процесни положај оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца у фази припрема за главни претрес и на главном претресу	134
4. Право окривљеног на правну помоћ	136
4.1. Стандарди делотворне кривичне одбране.....	138
4.2. Обавезна одбрана.....	145
4.3. Стручноодбрана сиромашног окривљеног.....	152
4.3.1. Материјалноправни услови за стручну одбрану сиромашног окривљеног.....	153
4.3.2. Формалноправни услови за стручну одбрану сиромашног окривљеног.....	156
4.4. Разрешење браниоца	160
5. Разлози за притвор и начело једнакости „оружја“	164
ПОСЕБНИ ДЕО.....	172

ТРЕЋЕ ПОГЛАВЉЕ ИСТРАГА	172
1. Значај истраге за начело једнакости „оружја“	173
2. Покретање кривичног поступка и (не)једнакост „оружја“	176
3. Ограничења права на одбрану у истрази	181
3.1. Угрожавање права сведока	183
3.2. Заштита јавног интереса	186
4. Право на присуство доказним радњама у истрази	188
4.1. Право браниоца на присуство саслушању осумњиченог	189
4.2. Саслушање других осумњичених у истрази	190
4.3. Право на обавештење о предузимању доказних радњи.....	193
4.4. Право на присуство испитивању сведока	195
5. Прикупљање доказа и материјала у корист одбране	199
5.1. Страначка истрага у Италији.....	201
5.2. Природа и значај прикупљања доказа и материјала у корист одбране.....	202
6. Предузимање доказних радњи у корист одбране.....	206
7. Упознавање са прикупљеним доказима	208
7.1. Откривање доказа у адверзијалним поступцима.....	210
7.2. Право окривљеног на разматрање списа и разгледање предмета.....	213
8. Приговор и притужба због неправилности у току истраге	217
8.1. Приговор због неправилности у току истраге у јавнотужилачкој пракси.....	219
8.1.1. Приговор у пракси Вишег јавног тужилаштва у Београду	219
8.1.2. Приговор у пракси Апелационог јавног тужилаштва у Београду.....	221
8.2. Притужба судији за претходни поступак у судској пракси	225
8.3. Основни резултати истраживања	228
ЧЕТВРТО ПОГЛАВЉЕ СУДСКА КОНТРОЛА ОПТУЖНОГ АКТА	229
1. Карактеристике и функције судске контроле оптужбе	229
2. Права окривљеног у поступку контроле оптужнице	234
3. Поступак контроле оптужбе у упоредном законодавству	238
3.1. Поступак контроле оптужбе у адверзијалном кривичном поступку.....	238
3.2. Поступак контроле оптужбе у Немачкој.....	241
3.3. Поступак контроле оптужнице у државама некадашње СФРЈ	242
4. Остваривање начела једнакости „оружја“ у поступку судске контроле оптужбе	248
ПЕТО ПОГЛАВЉЕ ПРИПРЕМЕ ЗА ГЛАВНИ ПРЕТРЕС И ГЛАВНИ ПРЕТРЕС	257
1. Припремно рочиште.....	259
1.1. Карактеристике припремног рочишта.....	259
1.2. Право на ћутање и привилегија против самоинкриминације.....	263

1.3.	Изношење доказа	265
1.4.	Поступање председника већа по службеној дужности	269
2.	Однос странака према оптужби	271
2.1.	Излагање оптужбе и изјашњавање окривљеног	271
2.1.	Уводна излагања	272
2.2.	Изношење одбране и саслушање оптуженог	274
2.3.	Завршне речи.....	275
3.	Право странака на предлагање испитивања сведока и испитивање сведока.....	276
3.1.	Облици повреде права.....	280
3.2.	Појам сведока.....	281
3.3.	Право субјеката у страначким функцијама на основно испитивање сведока	283
3.3.1.	<i>Поступак предлагања извођења доказа</i>	<i>283</i>
3.3.2.	<i>Основно испитивање сведока</i>	<i>287</i>
3.4.	Право субјеката у страначким функцијама на унакрсно испитивање сведока	290
3.4.1.	<i>Карактеристике и циљеви унакрсног испитивања.....</i>	<i>290</i>
3.4.2.	<i>Унакрсно испитивање сведока у пракси ЕСЈП – право на „суочење“</i>	<i>293</i>
3.4.3.	<i>Унакрсно испитивање сведока према ЗКП – у.....</i>	<i>294</i>
4.	Нужна ограничења права на испитивање сведока и фактори у равнотежења.....	299
4.1.	Упознавање са садржином записника о исказима „одсутних“ (недоступних) сведока	303
4.1.1.	<i>Англосаксонске идеје у троделном тесту ЕСЈП.....</i>	<i>304</i>
4.1.2.	<i>Примена троделног теста ЕСЈП.....</i>	<i>307</i>
4.1.3.	<i>Упознавање са садржином записника о исказима анонимних и „застрашених“ сведока</i>	<i>311</i>
4.1.4.	<i>Заштићени сведок, прикривени иследник и „застрашени сведок“</i>	<i>315</i>
4.2.	Ограничења испитивања посебно осетљивих сведока	318
4.2.1.	<i>Мере ограничења и фактори у равнотежења.....</i>	<i>319</i>
4.2.2.	<i>Посебно осетљив сведок</i>	<i>320</i>
4.3.	Упознавање са садржином записника о исказима саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу.....	323
4.3.1.	<i>Судска пракса.....</i>	<i>326</i>
4.3.2.	<i>Пресуда Димовић против Србије.....</i>	<i>329</i>
5.	Право окривљеног на преиспитивање вештачења	330
5.1.	Модели вештачења у кривичним поступцима.....	331
5.2.	Захтеви начела једнакости „оружја“ у погледу вештачења	334
5.3.	Право странака на стручног саветника.....	337
5.4.	Права и дужности стручног саветника.....	340

5.5. Права окривљеног према финансијским форензичарима.....	343
6. Овлашћења суда по службеној дужности	345
6.1. Однос суда према доказима.....	348
6.2. Однос суда према оптужби.....	352
6.2.1. <i>Критеријуми из праксе ЕСЈП</i>	352
6.2.2. <i>Однос пресуде и оптужбе</i>	354
ШЕСТО ПОГЛАВЉЕ ПРАВНИ ЛЕКОВИ	358
1. Правни лекови и начело једнакости „оружја“	359
2. Однос права на правично суђење и права на делотворни правни лек	361
3. Границе испитивања првостепене пресуде.....	362
4. Процесни положај оптуженог пред другостепеним судом	367
4.1. Обавештавање странака о седници већа пред другостепеним судом ...	368
4.2. Претрес пред другостепеним судом	373
5. Жалба на другостепену пресуду	375
6. Ванредни правни лекови	378
6.1. Примена права на правично суђење на ванредне правне лекове.....	380
6.2. Захтев за заштиту законитости.....	384
6.3. Ограничење приступа Врховном касационом суду	389
6.3.1. <i>Овлашћени подносиоци захтева за заштиту законитости</i>	390
6.3.2. <i>Ограничење повреда закона на штету одбране</i>	392
6.3.3. <i>Дискреционо овлашћење Врховног касационог суда</i>	394
СЕДМО ПОГЛАВЉЕ ПОСЕБНИ КРИВИЧНИ ПОСТУПЦИ	397
1. Скраћени поступак	397
1.1. Главни претрес у одсуству оптуженог	398
1.2. Притвор у скраћеном поступку	400
2. Рочиште за изрицање кривичне санкције	401
3. Поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења.....	403
3.1. Одређивање притвора и привремено смештање у здравствену установу или просторију	409
4. Поступак према малолетницима.....	411
4.1. Учествовање судије за малолетнике у различитим фазама поступка ...	415
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА.....	419
ЛИТЕРАТУРА.....	443
БИОГРАФИЈА.....	494
ПРИЛОГ 1.....	497
ПРИЛОГ 2.....	498
ПРИЛОГ 3.....	499

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Правна теорија издваја начело правичности као основно начело кривичног поступка, као и његове елементе. Устави свих модерних демократских држава гарантују право на правично суђење и посебна права окривљеног у кривичном поступку. Циљ процесних права окривљеног је остваривање једнакости „оружја“ у целокупном кривичном поступку. Пракса Европског суда за људска права указује на аспекте и елементе процесног људског права на правично суђење утврђивањем његових повреда у конкретном случају, тумачећи одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Предмет истраживања је појам, дефиниција начела једнакости „оружја“, његова примена у закону (регулисање начела, општих института и основних правила, као и појединих фаза кривичног поступка) и пракси.

Негација правичног кривичног поступка је овођење поступка у таквим условима да се окривљени поставља у значајно неповољнији положај у односу према тужиоцу. Литература која изучава праксу ЕСЉП, објашњава унутрашњу структуру члана 6 ЕКЉП чији је саставни део, прећутни сегмент, једнакост „оружја“. Једнакост „оружја“ посматра се пре свега као начело, један од аспеката права на правично суђење. Европска комисија за људска права уводи појам „equality of arms“ у судску праксу. Начело једнакости „оружја“ подразумева захтеве да се странкама у кривичном поступку у једнакој мери, односно на начин који их неће довести у битно неповољнији положај, пропишу права и процесна средства и омогући њихово остваривање ради делотворног представљања и заступања њихових интереса у кривичном поступку. Задатак непристрасног суда је да успостави равнотежу положаја странака у поступку.

Пажња се посвећује критичкој анализи елиминисања начела (материјалне) истине, у вези са истицањем страначког карактера поступка и начелом једнакости „оружја“. Запажају се закони који истовремено утврђују оба начела и прописују доказно активан суд. Нормативно преиспитивање обухвата поређење карактеристика континентално – европских кривичних поступака и адверзијалних процедура, издвајање примера у законима држава региона и европских држава. Уочљива је тенденција судске праксе да непрекине досадашњу процесну традицију. Осврће се на праксу ЕСЉП „окренути резултату“, која оставља поље слободне процене државама да одаберу одговарајућа средства заштитеног начела једнакости „оружја“.

Предмет истраживања су дужност непристрасности суда и јавног тужиоца; значај постизања два легитимна циља, истине и правичног поступка; постизање захтева да јавни тужилац „заштити принцип једнакости страна у поступку“, пре свега откривањем информација у сврху правичног поступка у целини (Препорука Савета Европе Rec (2000) 19); механизми контроле поступања и исправности одлука јавног тужиоца; контролна улога суда и њено јачање у сврху заштите начела. Сагледава се поступак пред судијом за претходни поступак и ванпретресним већем, границе овлашћења суда да „коригује грешке тужиоца“. Анализирају се нормативне и реалне препреке за делотворну одбрану, практичност и делотворност права окривљеног у циљу успостављања суштинског баланса положаја странака, те дозвољена ограничења права на одбрану. Истражује се учесталост и резултати обраћања субјеката у функцији одбране суду. Запажа се да поједини правни механизми контроле још увек нису заживели у пракси, на шта упућују и статистички подаци. Разлог томе су и нејасне правне норме, те инструктивна улога суда.

Разматра се поступање суда по службеној дужности и границе које поставља начело једнакости „оружја“. Сагласно начелу, Законик о кривичном поступку изричито прописује да

ако суд по службеној дужности одреди извођење доказа, питања постављају обе странке и бранилац, као и вештак или стручни саветник странака. Европски суд за људска права испитује да ли је конкретан поступак био правичан, да ли је одбрана имала прилику да користи права и правна средства и довољно могућности да изнесе свој став у односу на оптужбу у целини и доказе. Доказно пасиван суд, захтева “савршенство“ активности странака у поступку. С друге стране, поступање суда по службеној дужности не може самостално се примењује, већ искључиво уз паралелну примену начела једнакости „оружја“.

Гаранције једнакости „оружја“ примењују се у извесној мери и на специфичан начин и у поступку по правним лековима. Право на једнакост „оружја“ подразумева право на расправу странака пред судом. Право на присуство пред другостепеним судом није апсолутно и нужно, већ се приликом одлучивања суда узима у обзир више критеријума. Анализира се којим правно – техничким решењима је фокус у неједнаком третману странака, а супсидијерно сепружа могућност суду да успостави нарушену равнотежу. Запажа се да ЕСЉПне задире у правне норме националних закона, осим ако генеришу привилегован третман јавном тужиоцу у односу на одбрану. Потребно је посветити пажњу разматрању да је замисливо да необразложена, арбитрерна оцена суда може да доведе до повреде начела.

Тенденција је да се истраживањем пружи научни допринос који се огледа у вишеслојној анализи једнакости „оружја“ и његових захтева (историјскоправни, упоредноправни, нормативни аспект, аспект науке кривичног процесног права и теорије међународног права људских права, практични аспект).

Први дан ступања на снагу Законика о кривичном поступку, у јавним тужилаштвима и судовима поставило се питање о самом појму новог “страначког“ кривичног поступка, да ли је страначки поступак заиста интенција законодавца, како се остварује једнакост „оружја“ (*ratio legis* појединих новина у кривичном поступку), у чему се огледају измењене улоге кривичнопроцесних субјеката и које последице имају на одлучивање у фазама кривичног поступка, како се сагласно начелу спроводи истрага, а како суђење. Бројне су недоумице у примени Законика. Постављају се питања ефикасности механизма одбијања правног напада тужиоца, те у којој мери се поједини користе у пракси. Пракса Европског суда за људска права и литература која је разматра указују на елементе општих теорија и критеријуме за примену процесних института, који могу да буду путоказ за отклањање дилема.

Структура рада подељена је на општи и посебни део и седам логичких целина (поглавља), који се садржински односе на дефинисање појма једнакости „оружја“, основне институте, темеље и средства начела једнакости „оружја“ и на примену начела у фазама кривичног поступка и посебним кривичним поступцима.

Прво поглавље садржи излагања о праву на правично суђење са четири аспекта (историјскоправног, упоредноправног, теоријскоправног, јуриспруденције ЕСЉП), настанку и историјском развоју захтева једнакости „оружја“, појму и природиначела једнакости „оружја“. Истражује се остваривање захтева начела у моделима кривичног поступка. Анализира се у којим случајевима је неједнакост странака релевантна/може да буде релевантна. У овом делу посебно се разматра однос начела једнакости „оружја“ са начелима расправности и истине.

У другом поглављу путем истраживања правне теорије и судске праксе разматра се однос сегмената права на правично суђење (претпоставка невиности, непристрасност јавног тужиоца, независност и непристрасност суда, право на делотворну одбрану и гаранције и инструменти за њено остваривање уз посебан фокус на стандарде права на адекватну правну помоћ) са начелом једнакости „оружја“, мере уравнотежења у поступку ограничавања права на суђење у присуству и специфична примена начела у кривичном поступку у којем су

овлашћени тужиоци оштећени као тужилац и приватни тужилац. Нарочито се истичу ставови ЕСЉПо “ефективном учествовању“ окривљеног у кривичном поступку.

У трећем поглављу истражује се значај истраге за остваривање начела једнакости „оружја“, постојање заштитних гаранција начела једнакости „оружја“ у истрази и њихова примена. Предмет разматрања су средства за супротстављање јавном тужиоцу, на располагању субјектима у функцији одбране, потреба судске контроле покретања истраге и постојања основане сумње у погледу учиниоца и кривичног дела, законског услова за покретања истраге. Анализирају се засебно права и правна средства одбране у циљу издвајања законских заштитних гаранција начела једнакости „оружја“ и њиховог истраживања са нормативног аспекта и из угла практичне примене. Издвајају се *ограничења* права на одбрану у истрази, *услови* ограничења и *поступак* одлучивања, установљене мере уравнотежења, радисагледавања евентуалне потребе јачања законских заштитних гаранција начела и пружања смерница пракси које околности треба узети у обзир приликом одлучивања о њиховој примени. Аутор полази у истраживању од законских института и њиховог развоја, упоредног и регионалног законодавства, доктринарних мишљења, праксе ЕСЉП, тумачења у јавно–тужилачкој и судској пракси. Документациона подлога су и одлуке органа поступака, ставови заузети на седницама одељења апелационих судова и Врховног касационог суда. Предмет обраде је поступање непосредно виших јавних тужилаца и судија за претходни поступак по приговорима и притужбама због неправилности током истраге. Циљ је да се издвоје најчешће истицане неправилности у спровођењу истраге као и потенцијалне повреде права на одбрану, анализа коришћења овог правног средства одбране, поступка одлучивања, омогућавања остваривања практичне и делотворне одбране у овом поступку, те да се укаже на евентуалну потребу измене и допуне законодавства.

Предмет четвртог поглавља су функције и карактеристике судске контроле оптужног акта, права одбране у поступку, однос надлежностиванпретресног већа у поступку контроле оптужнице и захтева начела једнакости „оружја“, анализа нормативних заштитних гаранција начела и њиховог остваривања у практичној примени. Истражују се научне, стручне и практичне примедбеу вези ове фазе поступка, упоређују разлике између важећих правила и ранијих законских решења и упоредноги регионалног законодавства у циљу анализе уређења контроле оптужнице која оптимално одговара захтевима начела. Основна питања су да ли надлежност већа нарушава равноправност странака, те на који начин се најбоље успоставља процесна равноправност странака. У потфазу испитивања оптужнице уочавају се дилеме о границама овлашћења већа да донесе наредбу ради бољег разјашњења стања ствари, издвајању записника и обавештења, нормативном уређењу потврђивања оптужнице.

Петопоглавље садржи нормативну, доктринарну, упоредноправну и практичну анализу припремног рочишта и његових циљева са аспекта процесних права странака, прилика и могућности за одбрану. Сагледава се једнак процесни третман, односно равнотежа у процесном третману странака у четири вида: однос према оптужби, постојећи доказни предлози, нови докази и предлози суду за предузимање процесних радњи. Разматра се примена начела једнакости „оружја“ у односуна радње које суд предузима по службеној дужности. Централни део је остваривање процесне равнотеже у третману странака на главном претресу. На главном претресу процесне функције су раздвојене, те је суд дужан да својим овлашћењима изврши "поравнање" процесних права странака и "лечење недостатака" из претходних фаза. Предмет истраживања су стандарди за поступање суда, процесне ситуације и околности које указују на однос према начелу. Осим кратке анализе структуре главног претреса, која одражава нормативну равнотежу, предмет истраживања је примена у пракси конвенцијског права окривљеног на испитивање сведока, дозвољена ограничења права и мере уравнотежења у циљу постизања правичног кривичног поступка у целости. Истражују се нормативни и практични захтеви који одражавају значај истине, потребу равнотеже трагања за истином и права на правичан кривични поступак. Посебна пажња

посвећује се истраживању положаја стручног саветника, остваривању права странака везаних за учешће стручних саветника у кривичном поступку, с обзиром да је овај нови процесни субјект уведен у кривични поступак да би се пружила додатна нормативна заштита начелу једнакости „оружја“. Сагледавају се доказна овлашћења суда по службеној дужности, допуштене интервенције суда у погледу оптужбе, значај истине у кривичном поступку, те постизања равнотеже трагања за истином и права на правичан поступак у целости.

Шестопоглавље обухвата разматрања о важности правних лекова за право на правично суђење и начело једнакости „оружја“ и однос права на правично суђење са правом на делотворни правни лек. На питање да ли постоји нормативни основ за реализацију начела једнакости „оружја“, тражи се одговор изучавањем научних и стручних радова, проучавањем ранијег законодавства, судске праксе, пресуда ЕСЈП, као и упоредноправном анализом. У погледу редовних правних лекова, анализирају се законски услови за делотворно остваривање права на приступ суду и једнаку расправу странака, њихова примена, као и нормативна основа за јачање положаја окривљеног у кривичном поступку у циљу успостављања неопходне равнотеже. Равнотежа положаја странака и легитимних интереса доводи се у питање правилима о границама испитивања пресуде и о обавештавању странака о одржавању седнице већа. Европски суд за људска права испитује кршење једнакости „оружја“ ако је пред жалбеним судом био присутан само јавни тужилац. Предмет разматрања је утицај допуштања жалбе на другостепену пресуду на јачање положаја оптуженог у кривичном поступку. Посебно се сагледава захтев за заштиту законитостиса аспекта права на приступ суду, дозвољених ограничења и практичних последица успеха правног лека изјављеног у корист окривљеног. Полазећи од начела једнакости „оружја“, установљава се овлашћење окривљеног да поднесе захтев за заштиту законитости, али се због наметнутих ограничења окривљеном јављадилема да ли је опсег ограничења објективно оправдан и сразмеран, односно да ли се њима може суштина права на приступ суду и начело једнакости „оружја“.

Седмо поглавље разматра специфичну нормативну и практичну примену захтева начела једнакости „оружја“ у посебним кривичним поступцима: скраћеном поступку (нарочито у вези са могућношћу одржавања главног претреса у одсуству оптуженог и одређивања и продужења притвора), рочишту за изрицање кривичне санкције, поступку за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења (у поступку по подношењу предлога за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, одлучивања о притвору и присуству окривљеног на главном претресу), као и поступку према малолетницима, у којем је изражено јачање процесног положаја малолетника што је условљено узрастом малолетника, његовим разумевањем поступка и доступних права и привилегија. У поступку према малолетницима засебно се разматра стицај функције судије за малолетнике и председника већа за малолетнике због потенцијалне опасности да се овим опредељењем законодавца доведе у питање пристрасност суда, те и равнотежа процесног положаја странака у поступку.

Циљ истраживања је потпуно разумевање природе и суштине начела једнакости „оружја“. Сврха је и указивање на правила Законика о кривичном поступку која су темељ остваривања начела, евентуалне предлоге измена и допуна Законика у циљу развоја заштите начела, као и на правилну примену начела у фазама кривичног поступка. Први корак је разумевање основа и елемената који произлазе из праксе ЕСЈП и литературе. Са аспекта судске праксе, важно је када је повреда једнакости „оружја“ релевантна и како се елиминише. Намера аутора је да у раду укаже на нормативне и практичне захтеве начела једнакости „оружја“, домашај начела, значење стандарда “битно неповољнији положај странке“. Потребно је указати на неопходност примене начела, али и на његова нужна и неопходна ограничења. Рад је резултат обједињења ставова у правној науци, нормативне анализе средстава за остваривање начела и искустава у примени начела. Истовремено,

сагледавају се аргументи у прилог постојећих законских решења, као и основне дилеме у вези новина у кривичном поступку ради унапређења примене начела.

На почетку истраживања установљено је шест основних хипотеза. Прва, да начело једнакости „оружја“ не захтева елиминацију начела истине у кривичном поступку. Друга, да јавно–тужилачка истрага уз судску контролу покретања кривичног поступка против окривљеног и одлука јавног тужиоца у току спровођења истраге задовољава „практично и делотворно“ остваривање једнакости „оружја“. Трећа, да надлежност ванпретресног већа да испитује оптужнице на контрадикторном рочишту уз одсуство права на изјављивање жалбе на решење о потврђивању оптужнице смањује потенцијалне повреде начела једнакости „оружја“, а повећава ефикасност поступка контроле оптужнице. Четврта, да поступања суда по службеној дужности не смеју да наруше равноправност странака, у смислу да се странкама морају ставити на располагање једнаки услови и начини да утичу на ток и исход поступка. Пета, обавештење о седници већа другостепеног суда треба регулисати тако да од оцене суда о “корисности за разјашњење ствари“ зависи да ли ће суд обавестити и окривљеног и надлежног јавног тужиоца. Шеста, одредбе о овлашћеним подносиоцима и процесним претпоставкама за изјављивање захтева за заштиту законитости противне су остваривању начела једнакости „оружја“ у суштинском смислу.

Историјски метод нарочито ће се користити за истраживање порекла и развоја идеје правичног вођења поступка, разлика између акузаторских и инквизиторских поступака, те између поимања правичног суђења у систему “*truth –finding*“ и “*casetesting*“, у сврху свеобухватног разумевања начела једнакости „оружја“. Посебно ће се анализирати континентално – европска традиција у циљу истраживања да ли се Законом о кривичном поступку напушта, у којој мери, да ли је то неопходно, те од каквог је то утицаја на једнакост „оружја“. Укратко се анализирају релевантна правила регионалних и међународноправних докумената. Упоредноправни метод омогућава да се сагледају различита правна решења и њихова аргументација, те пракса ЕСЈП, ради опредељења најбољег начина заштите положаја окривљеног без нарушавања ефикасности поступка. Аутор нормативном анализом тежи да уочи решења Законика окривичном поступку која одражавају примену начела једнакости „оружја“ и која су претпоставка за практичну и делотворну реализацију начела од отпочињања кривичног поступка. Упоредо, настоји да уочи проблеме, односно да предочи правила која испољавају извесне нормативне недостатке и која су неефикасна. Током истраживања остваривања права и употребе правних средстава одбране користе се јавно – тужилачке и судске одлуке, те подаци правосудне статистике, као документациона основа. Добијени подаци намењени су анализи да ли „оружја“ одбране пружају гаранције делотворне одбране, те да ли су неопходне измене позитивноправних правила са аспекта начела једнакости „оружја“.

Тема рада упућује на свеобухватно истраживање. Елементи права на правично суђење (непристрасност суда, непристрасност јавног тужиоца, право на приступ суду, претпоставка невиности и њени елементи, право на обавештење о оптужби, „довољно времена и могућности за припремање одбране“, право на одбрану, право на испитивање сведока), те и имплицитна права (право на ћутање, привилегија против самооптуживања), право на суђење у присуству (основ остваривања права на одбрану), средства су и темељи остваривања начела. Разматрају се засебно, у непосредној вези са појединим темама и питањима, у контексту реализације начела једнакости „оружја“, али и у оквиру појединачних фаза кривичног поступка. Новине у кривичном поступку побудиле су бројне дилеме у вези са њиховом применом, те применом начела једнакости „оружја“, на које се ради интерпретације новина позива законодавац, доктрина, али и судска пракса.

Сложеност теме, аспект индивидуалног процесног права, циљ конституционалних и законских права на одбрану, начело кривичног поступка, захтевала је анализу

историјскоправног развоја права на правично суђење, упоредноправну анализу, разматрања начела и ставова из праксе ЕСЈП, теоријскоправних гледишта, нормативну анализу, истраживање јавно–тужилачке и судске праксе, комбиновање метода истраживања. Сврхасвеобухватног приступа јенормативноправно унапређење у правцу развоја примене начела једнакости „оружја“ у складу са другим начелима кривичног поступка, а нарочито са начелом истине, у прилог чијег поновног увођења аутор излаже аргументацију у општем и посебном делу. Истраживање има тенденцију да буде корисно за јавно–тужилачку и судску праксу, јер настоји да упути на околности које треба да се узму у обзир у процедурама и поступку одлучивања да би се смањили ризици повреде начела.

ОПШТИ ДЕО

ПРВО ПОГЛАВЉЕ

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ПОЈАМ ЈЕДНАКОСТИ „ОРУЖЈА“

Појам правичности, однос правичног са праведним и одлике правичности анализиранису од античких времена. Аристотел је поимао да је правично „равно праведном“, али и да је правично оно „што у погледу праведног премашује писани закон“.¹ Спознавао је да је правичност особина човека, његова врлина, начин расуђивања, опредељење да се спор „изглади“ уместо да се води парница, због чега је опажао да поверење у погледу сагледавања правичног треба да се поклони изабраном судији. Процесном правичношћу бави се политичка филозофија и социјална психологија. Правичност у кривичном поступку има теоријскоправни, нормативни и практичан значај.

Савремена наука кривичног процесног права сматра да је начело правичности најважније начело кривичног поступка. Основно процесно право окривљеног је да му се суди правично. Устави и закони свих демократских држава предвиђају право на правично суђење и посебна права окривљеног у кривичном поступку. Сврха кривичног поступка у процесном смислу је правично спроведен поступак. Законодавци се различито опредељују у погледу издвајања, именовања, дефинисања и регулисања начела једнакости „оружја“.

Право на правично суђење гарантовано је у међународноправним и европскоправним документима као индивидуално право које су државе у обавези да заштите. Појединачна права у оквиру права на правично суђење зајемчена су у Универзалној декларацији о људским правима и Међународном пакту о грађанским и политичким правима, Статуту Међународног кривичног суда, статутима међународних кривичних трибунала. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода² гарантује право на правично суђење као процесно право. Доктрина људских права приписује му значај централног права. „Када је држава неправично у предности у поступку суђења, не могу у судовима да се спрече повреде свих других права.“³

Повеља Европске уније о основним правима од 18. децембра 2000. године, везује појам правде са поштовањем права на правично суђење, претпоставке невиности, права на одбрану и основних начела кривичног права.⁴ Под насловом „Правда“, у члану 47, прописује и право на делотворно правно средство и правично суђење. За сиромашко право, у члану 47 став 3, предвиђа да је битна оцена да ли је правна помоћ неопходна да би се обезбедио „делотворан приступ правди“.

¹ Aristotel, *Retorika* (prevod sa starohelenskog, prevodilac Marko Višić), Filozofska biblioteka, Naprijed, Zagreb 1989, стр. 66.

² Закон о ратификацији Европске конвенције о људским правима, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр.9/2003 и 5/2005

³ David Robertson, *A Dictionary of Human Rights*, Second Edition, Europa Publications, London – New York 2004, стр. 80.

⁴ Повеља под насловом „Правда“ обухвата кривично процесна права и начела (право на делотворно правно средство и право на правично суђење, претпоставка невиности и права на одбрану, право да се неке не може судити или изрицати казна у кривичном поступку два пута за исто кривично дело) и основна начела кривичног материјалног права (начело законитости и сразмерности).

Начело правичности у кривичном поступку има сложену структуру и широк опсег, што је последица комплексног и вишестраног појма правичности, као и развоја судске праксе ЕСЉП у погледу права на правично суђење и његових аспеката и сегмената. Начело једнакости „оружја“ аспект је права на правично суђење. Пракса Европске комисије о људским правима и Европског суда за људска права изнедрила је појам, дефиницију овог начела и изузетке од његове примене. Целовито разматрање начела укључује и теоријскоправне дефиниције начела, ставове и критике у вези начела и његовог односа са другим начелима кривичног поступка.

1. Општа разматрања о правичности

Анализа појмовног одређења, садржине и суштине начела правичности у кривичном поступку у извесној мери тражи освртање на појам правичности. Тешко је да се појам дефинише, јер обухвата испреплетане друштвене вредности, морал и право. Од античког периода сагледава се однос права, правде и правичности.

Правичност се у античкој филозофији посматрала као вредносни елемент у вези примене права, односно врлина субјекта који примењује право описана као „благ однос према људским слабостима“, да упућује на законодавчеву намеру и оцену *према целини*, а не *одређеном тренутку*.⁵ Препознавала се њена улога и суштина да исправља општост и непотпуност закона, прилагођава право потребама живота, те захтева разумевање целине. Аристотел објашњава да правичност исправља пропусте у писаном закону, настале као последица опште формулације закона, који се не може применити на све случајеве.⁶ У својој књизи *Никомахова етика*, књига V, у делу „О правди и правичности“, наводи: „Има много ствари за које није могуће формулисати закон, тако да се за њих мора издавати законска одлука [ψήφισμα]“. ⁷ Ипак, Аристотел није доживљавао правичност као нешто што је изван права, воље законодавца и његове намере. ⁸ Израз *gnome dikaiotate* у атинској судници објашњава се као „психички инструмент исправљања законске правде правичношћу, који израста из субјективног доживљаја поротника лаика“, „осећај најправичнијег“. ⁹ Његово практично коришћење везано је и за одлучивање о кривичној санкцији. Магистрати су примењивали принцип правичности да би строго формално, традиционално римско право прилагодили савременим потребама друштва. Изградили су систем преторског права, као правичног права (*ius aequum*).¹⁰

⁵ Аристотел је описивао: „Бити правичан значи показати се као благ према људским слабости и обазирати се не на закон, већ на законодавца, не на слово закона, већ на законодавчеву намеру. Правичан човек нема на уму дело него намеру, не део него целину, и не гледа какав је ко у датом тренутку, већ какав је био током целог или већег дела живота.“ Aristotel (1989), стр. 67.

⁶ *Ibid.*, стр. 66.

⁷ Аристотел, *Никомахова етика* (превод дела: *ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΟΥΣ ΗΘΙΚΑ ΝΙΚΟΜΑΧΕΙΑ*, преводилац Радмила Шалабалић), Култура, Београд 1970, стр. 139.

⁸ Анализом схватања права, правде и правичности у Аристотеловој „Реторици“, закључује се у литератури да „као опште правне идеје постоје само правда (*themisidike*) и правичност (*epieikeia*)“, које „нарочито из контекста његове целокупне филозофије, нису изван права него су у њему – оне су право само“. Јасминка Хасанбеговић, „Право, правда и правичност у Аристотеловој „Реторици““, *Правни живот* 12/1996, стр. 49.

⁹ Сима Аврамовић, „*Gnome dikaiotate* – право, правда и правичност у атинској судници“, *Право и правда 2013* (ур. Драган Митровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, стр. 37.

¹⁰ Божидар С. Марковић, у својој књизи, *Правичност као мисао и правно искуство*, запажа да је неизвесност коју је правичност унела у римско право најоштрије критиковао Квинтилијан, заговорник позитивистичке

Правило да се чују обе стране случаја потиче из античких времена, а принцип природне правде изражен у максими *audi alteram partem*, који је први пут формулисао Свети Августин, сагледава се у великој мери као заштитна гаранција против *недоступности неких информација* и да се не узму у обзир *важна разматрања*.¹¹

У политичкој филозофији начело правичности покрива обавезу да се „игра по правилима и да буде добар спорт“, која се стиче када се „придружи игри“.¹² Проучавање процесне правде је један део општије студије социјалне психологије правде развијене у Сједињених Америчких Држава, која посматра људе као више заинтересоване за питања поступка него питања исхода.¹³ Ипак, разматра се да однос процедуралне правде (правична решења) и дистрибутивне правде (праведна решења) није заснован на њиховој искључивости и могућности замене једне за другу, већ њиховом упоредном постојању уз нагласак на процедуралној правди, а да би додавање снажног фокуса на процедуралну правду могло да помогне да се осигура да људи „погођени“ радом тела који одлучују о људским правима искусе њихов рад као праведан и правичан“.¹⁴

Идеја правичности утиче на законодавца и на суд који примењује право. Тома Живановић у свом делу *Појам (формалне и материјалне) правде и правичности* налази да се у књижевности 19. века, ставља као особен правни појам позитивно правна правичност која је двојака: *материјална* (законодавна, нормна) и *формална* (судска и уопште правнопримењивачка).¹⁵ Законодавац полази од начела правичног поступка приликом доношења закона. Божидар С. Марковић у свом делу *Правичност као извор права* налази да се кроз векове показало више улога правичности, између осталог, најважнија „исправљање техничких недостатака закона“, односно „правног стандарда“ – „преобраћање правног питања у фактичко“; „морализације права“; улога у „економској стварности“.¹⁶

У страниј литератури и стичу се три општа елемента правичног пресуђења, без обзира на прихваћени систем кривичног поступка (адверзијални или „инквизиторски“): *непристрасност суда*, *рационално одлучивање* (постојање „материјалних“ и „процесних“ правила, одлучивање на основу чињеница и права које се износи и о коме се расправља на суду) и захтев да „*странке имају реч*“ у поступку у коме се доноси пресуда.¹⁷

У погледу остварења начела правичности издваја се улога, те дужност суда, као неког трећег, непристрасног да одржава равноправност странака у кривичном поступку водећи рачуна о свим правним и процесним околностима. Аристотел је у *Никомаховој етици* (књига V), успостављање једнакости, додуше у вези са праведним поступањем, приписивао непристрасном судији. Полазећи од ове теорије, у литератури се појашњавало да: „Део који је одузет од једне половине и додат другој половини која је за тај део постала већа, треба

тезе. Преузето из: Бојан Спаић, *Хрестоматија: Право и правда*, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2014, стр. 84.

¹¹ John Randolph Lucas, *On Justice*, Clarendon Press, Oxford 1980, стр. 84–85.

¹² Rawls John, *A Theory of Justice*, Revised edition, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts 1999, стр. 97.

¹³ E. Allan Lind and Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, Springer Science+Business Media, LLC, New York 1988, стр. 1–3.

¹⁴ *Ibid.*, стр. 182.

¹⁵ Милош Кнежевић, *О правди и правичности*, Дом културе “Студентски град“, Београд 1995, стр. 286.

¹⁶ *Ibid.*, стр. 22–25.

¹⁷ Ellen E. Sward, „Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System“, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, 2/1989, стр. 308–310.

одузети од друге половине и вратити првој, да би се извршило поравнање, изједначење“.¹⁸Тумачење закона при томе подразумева не само језичко тумачење, већ изналажење намере законодавца, те сагледавање целине кривичног поступка.

У нашем важећем кривично процесном законодавству, правичност се помиње као циљ и начин вођења кривичног поступка и појединачно право окривљеног. Законодавац се изричито позива на правичност као услов за примену појединих норми (раздвајање поступка, сиромашко право, одбацивање кривичне пријаве услед стварног кајања, разлог за одређивање притвора), штити његове елементе (пре свега претпоставком невиности, начелом *ne bis in idem*, непристрасности јавног тужиоца, поукама о правима, суђењем у присуству, суђењем у разумном року, правилима о доказивању, оцени доказа и утврђивању чињеница, једнаким поступањем према странкама у кривичном поступку, основним правилима о одређивању притвора), те захтева успостављање равнотеже легитимних интереса у поступку одлучивања о ограничењима права на одбрану окривљеног (посебно осетљив сведок, заштићени сведок).¹⁹ Норме по својој природи одликују семоралном садржином хуманистичком оријентацијом. Придају значају кривичном поступку личним и објективним околностима, накнадно израженом моралном понашању или интензитету неморалног понашања и друштвене осуде понашања. Осим тога, садрже и вредносни елемент, оцену вредности у демократском друштву. Заштита економски слабије странке и имовинских права има и реперкусије на заштиту економских вредности и економске сигурности. Окривљени се ослобађа дужности накнаде трошкова кривичног поступка ради обезбеђивања економског минимума, а исплата трошкова врши се из буџета државе. Оштећени се поучава у погледу имовинскоправног захтева, а оштећеном као тужиоцу поставља се пуномоћник ради заштите економских интереса.

2. Право на правично суђење

Садржину права на правично суђење сагледавамо са четири аспекта: 1. историјскоправног 2. упоредноправног 3. теоријскоправног 4. јуриспруденције ЕСЉП.

Право на правично суђење има корене у принципима античког права и статутима који регулишу односа појединца и државне власти. Посматра се и кроз призму борбе за гарантовање индивидуалних субјективних права, уставна начела и вредности, законско право, те начела, основна правила и ставове обликоване и развијене у судској пракси.

Значење правичног суђења зависи од претходног избора између инквизиторског проналажења истине (“*truth – finding*“) и адверзијалног испитивања случаја (“*case testing*“).²⁰ Основне карактеристике континентално– европског (мешовитог) модела кривичног поступка и англо – америчког (адверзијалног система) указују на различито поимање начела. Упркос томе, ЕСЉП издваја аутономне, универзалне захтеве права на правично суђење.

¹⁸ Ivo Tomić, „Aristotelova sveobuhvatna teorija pravde, pravednosti i pravičnosti i njene implikacije u socijalnom i političkom životu atinskog polisa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu* (ur. Vladimir Colović), II izdanje, Univerzitet u Istočnom Sarajevu Pravni fakultet, Sarajevo 2006, стр. 359.

¹⁹ Тихомир Васиљевић наводи да је правичност важна за „правилну примену дискреционе власти“ и „правилну примену интерпретативних и корективних овлашћења која су дата судији.“ Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Научна књига, Београд 1964, стр. 31.

²⁰ David Robertson, *A Dictionary of Human Rights*, Europa Publication Taylor & Francis Group, London – New York 2004, стр. 80.

2.1. Историјски развој права на правично суђење

Три историјска типа кривичног поступка су: *акузаторски* („оптужни“), *инквизиторски* („истражни“) и *мешовити*. Антички акузаторски кривични поступак је синоним за правичан кривични поступак. Карактеришу га начело јавности, усмености, непосредности, терет доказивања који лежи на тужиоцу²¹ и активна доказна улога странака. Насупрот инквизиторском типу поступка, одликује га „максимално повољан положај оптуженог.“²² Акузаторски тип поступка и мешовити кривични поступак у фази суђења подразумевају страначку равноправност. Инквизиторски кривични поступак негација је страначког карактера поступка и процесне равноправности. Како се то у теорији истиче, у инквизиторском систему проблем је како идентификовати противника оптуженог.²³ Непристрасан професионални службеник, магистрат, истраживао је чињенице.

Поступак античке Атине био је акузаторски. Неке од основних карактеристика су приватна страначка иницијатива за покретање поступка (иницијатива жртве у приватним поступцима – *dikai* или сваког лица у јавним поступцима – *grapha*), страначке истраге (страначко трагање за сведоцима и предузимање других радњи), прилика за окривљеног да одговори на оптужбу пред магистратом, поступак прелиминарне расправе (*anakrisis*), страначко изношење случаја пред суд, непосредно сведочење сведока пред судом, могућност унакрсног испитивања сведока и доношење пресуде од стране пороте.²⁴ Странке су држале говоре пред судом. Реч је прво припадала тужиоцу који је држао говор износећи оптужбу, а затим испитивао своје сведоке, док су после тужиоца оптужени и бранилац износили одбрану и испитивали своје сведоке.²⁵ Докази по чувењу (сведок који сведочи о ономе што је неко други рекао) нису били дозвољени, осим у случају смрти лица, а странка није могла да буде сведок у сопственој ствари.²⁶

Кривични поступак у старом Риму у доба републике био је акузаторски.²⁷ Иницирали су га тужбом грађани за дела *delicta popularia*.²⁸ Порота (људи из народа) одлучивала је о

²¹ Владимир Бајер као карактеристику чистог акузаторског кривичног поступка наводи правило да ако тужилац није успео да поступи у складу са својом правном дужношћу доказивања, „суд је окривљеног морао ослободити (*actore non probante reus absolvitur*)“. Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, Knjiga druga, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Narodne novine, Zagreb 1989, стр. 68.

²² Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Дванаесто измењено и допуњено издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, стр. 54.

²³ Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights – An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments*, Dordrecht 1993, стр. 53.

²⁴ Вид. више у: Adriaan Lanni, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, стр. 31–40.

²⁵ Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2014, стр. 23.

²⁶ Herbert A. Johnson, Nancy Travis Wolfe, Mark Jones, *History of Criminal Justice*, Fourth Edition, Anderson Publishing, Cincinnati, Ohio 2008, стр. 35.

²⁷ Акузаторски поступак пред квестијама („*quaestiones*“), у доба царства сменио је „екстраординарни поступак“ карактеристичан по магистрату који води суђење без помоћи пороте, од кога се очекивало „да истражи случај за себе“, да „тражи све“ и „поставља честа питања“. О томе вид.: W. D. Aston, „Problems of Roman Criminal Law“, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 13, No. 2, 1913, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, стр. 226.

²⁸ Приватни карактер поступка је све више потискиван. У литератури се указује: „Чини се да је од 1. века нове ере кривично гођење све више функција јавних службеника него приватних тужилаца“. Frank R.

кривици и кривичној санкцији. Терет доказивања кривичног дела окривљеног (*reus*) био је на тужиоцу (*accusator*). Ток поступка одређивалесу странке и њихови адвокати.²⁹ У време кривичних судова квестија (*quaestiones*) доминирала су начела која се сматрају основним карактеристикама правичног поступка (оптужно начело, начело усмености и јавности). Правна теорија запажа да је на самом суђењу окривљени имао положај странке.³⁰ Уочавало се и да је у периоду републике, главни претрес (*iudicium publicum*), кога су карактерисали почетни говори странака, страначко испитивање сведока и унакрсно испитивање, био централни део поступка.³¹ Правило суђења у присуству примењивало се у кривичном поступку у односу на окривљеног (суђење у присуству, осуда у присуству) и у односу на тужиоца (лично присуство тужиоца ради суочења окривљеног са тужиоцем на суду). Римљани су суђење у присуству сматрали „гаранцијом против било какве неправедне осуде невиних.“³² У погледу сведока, Квинтилијан (*Quintilian*), прави разлику када се испитује страначки сведок и даје савете испитивачима како да правилно предузму основно и унакрсно испитивање сведока.³³ У доба царства, суд добија доминантну улогу у кривичном поступку, али начело непосредности задржава своју вредност. Значајне су Хадријанове царске конституције (*constitutiones*), рескрипта (*rescripta*). „Хадријан је захтевао да судија цени кредибилитет доказа и одбијао је да разматра писане изјаве инсистирајући на личном испитивању сведока, као далеко сигурнијем начину добијања истине.“³⁴

Енглески кривични поступак био је оптужни. Уређиван је пре свега обичајним правом и у делу законски. Истражна фаза била је издвојена од суђења. На главном претресу, централном делу поступка, странке су биле равноправне и доказно активне. Равноправност странака штитио је судија, који је надгледао спор странака, интервенцијама у поступак у виду постављања питања сведоцима или испитивањима сведока ради васпостављања равнотеже, фактички нарушене због правне неукости странке.

Главне особине средњовековног кривичног поступка била су оптужни поступак праћен поделом задатака између судије, који је руководио поступком дајући реч странкама, и пресуђивача, као и примена ирационалних доказних средстава (заклетва, божији суд,

Herrmann, Brownlow M. Speer, „Facing the Accuser: Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, 1994, стр. 484.

²⁹ Olga Tellegen-Couperus, *Short History of Roman Law*, Routledge, London – New York 1993, стр. 52.

³⁰ Иштван Фејеш, „Положај окривљеног у истрази у неким историјским моделима кривичног поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Слободан Орловић), Правни факултет у Новом Саду, број 4, 2014, стр. 108.

³¹ Божидар Марковић, *Уџбеник српског кривичног поступка*, Штампарија „Уједињење“, Београд 1926, стр. 12–13.

³² F. R. Herrmann, B. M. Speer, стр. 485.

³³ Приликом основног испитивања испитивач пре свега „треба да зна шта је вероватно да ће сведок да каже“, да води рачуна да сведок није „стидљив, плашљив и непромишљен“, да има „мирноћу“ и „присутност ума“, док испитивач у случају унакрсног испитивања има потребу за „пажљивом истрагом у циљу откривања карактера сведока против оптуженог и његових мотива за непријатељство и обима непријатељста“. Quintilian, *Institutio Oratoria*, Book V, p 175, p 181, доступно на

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Quintilian/Institutio_Oratoria/5A*.html, пристуљено 5. јула 2019.

³⁴ P.E. Corbett, „The Legislation of Hadrian“, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Registrar*, Vol. 74, No. 8, 1926, стр. 766.

У време Јустинијановог Кодекса из 529. године прихваћена је пракса присуства окривљеног приликом саслушања сведока. О томе вид.: Anthony Gray, „The Right to Confrontation in Common Law Systems: A Critical Comparison“, *New Criminal Review*, Vol. 18, No. 1, 2015, стр. 132.

двобој).³⁵ Тежња истини и гоњењу за кривична дела мимо воље приватног лица, довела је до реакције у виду прихватања обрађене форме канонског инквизиторског поступка у средњој и западној Европи. Инквизиторски³⁶ кривични поступак, развијен крајем средњег века, одликују покретање поступка по службеној дужности, спајање функција гоњења³⁷, истраживања, пресуђења, непојављивање окривљеног и сведока пред судом, заснивање пресуде на писаним изјавама лица и другим материјалима из истраге, одсуство јавности у претежном делу кривичног поступка и примена тортуре ради добијања и потврде признања. Окривљени је био објект кривичног поступка чија је примарна сврха била ефикасност, а судија је уједно имао и улогу браниоца. Непристрасност истражног судије сматрала се довољном да подржава легитимност и правичност поступка и круциално без промене курса ка “правима“ одбране.³⁸ Величање инквизиторског поступка који не подразумева да је нужно да окривљени буде присутан у кривичном поступку против њега, да учествује у поступку и да се суочи са тужиоцима, између осталог, последица је потребе да се избегне да се сведоци „поучавају“ или „заstraшују.“³⁹

Појам конфронтација први пут се уопште примењује у Француској у касном средњем веку у смислу обезбеђивања да сведок оптужбе буде физички присутан пред окривљеним.⁴⁰ Француски Законик о кривичној истрази (*Code d' instruction criminelle*) из 1808. године за време владавине Наполеона уводи мешовит кривични поступак и остварује велики утицај у континенталној Европи, те се третира као прва европска законодавна реформа. Законик је прихватио предности акузаторског и инквизиторског поступка у засебним фазама поступка. Процесне функције биле су одвојене. У претходној фази поступка (извиђај и истрага) доминирали су инквизиторски елементи. У истрази независан и непристрасан истражни судија (*juge d instruction*) трагао је за истином. Истрага није била контрадикторна и јавна, за разлику од главног претреса на коме су били изражени елементи оптужног поступка. Окривљени у истрази није имао право да присуствује саслушању сведока нити да изврши увид у истражне списе, а право на браниоца први пут се помиње након окончања поступка стављања под оптужбу, од када је и одбрана била обавезна.⁴¹ Права на одбрану знатно су била ограничена, ако се има у виду право присуствовања извођењу доказа и да окривљени и бранилац слободно комуницирају у циљу припремања одбране.⁴² Даљим реформама законодавства, права окривљеног постепено су се повећавала увођењем контрадикторности у истрагу, права на браниоца у ранијој фази поступка (прво саслушање окривљеног), права на увид у списе и комуникацију окривљеног са браниоцем. Главни претрес био је усмен, јаван и контрадикторан, уз овлашћење председника већа да трага за истином.

³⁵ О томе вид.: Б. Марковић (1926), стр. 14–15.

³⁶ Најважнији закони који уређују инквизиторски поступак били су *Ordonance sur les matières criminelles* Луја XIV из 1670. године (Француска) и *Constitutio Criminalis Carolina* Карла V из 1532. године (Немачка).

³⁷ Кривично гоњење је само у Француској било дужност *ministère public*, посебног државног органа.

³⁸ Sarah Summers, *Fair Trials*, Hart Publishing, Oxford – Portland 2007, стр. 25.

³⁹ A. Gray, стр. 133.

⁴⁰ F. R. Herrmann, В. М. Speer, стр. 537.

⁴¹ Више о томе вид.: И. Фејеш (2014), стр. 125–126.

⁴² Г. П. Илић, „Маргиналије уз дилему: тужилачка versus судска истрага,“ *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања II део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, стр. 195.

2.2. Начело правичног поступка у континентално – европском кривичнопроцесном праву

Резултат хуманитарног покрета у Европи у 18. веку је страначки положајокривљеног у кривичном поступку. „Покрет рационалне филозофије у Француској, праћен публицистиком“, износи питања „личних права“, „слободе личности и њеног односа према држави“.⁴³ Историјски развој начела правичности у кривичном поступку држава континенталне Европе разматра се са аспекта индивидуалних права, искључиво у смислу настојања да се изгради систем који ће обезбедити једнакост пред законом и „права одбране“, као део институционалне и структуралне форме система кривичног поступка.⁴⁴ Појам правичности везује се за појам законитости. Индивидуална права и слободе резултат су сагледавања односа појединца према држави, односно власти, што је био неопходан предуслов за законско нормирање процесних права у кривичном поступку који покрећу и воде државни органи. Право и правичност нису два одвојена правна поретка, већ је правичност саставни део права.⁴⁵

У теорији се истиче да разлика у организовању адверзијалног система и континентално – европског почива на идеји „такмичења под контролом странака“ и „официјелно контролисане истраге“.⁴⁶ Дамашка је истицао да унапређење страначке контроле у поступцима слаби бригу о комплетности доказа и тачном утврђивању чињеница, што је оправдано у поступцима у грађанским предметима у којима је због блаже природе грађанске санкције мање проблематична грешка у утврђивању чињеница.⁴⁷ У даљем раду ћемо истраживати да ли и у којој мери ЕСЈП приликом утврђивања да ли постоји повреда права на правично суђење у кривичним случајевима задире у чињенична и правна питања суда државе.

Предност континентално – европског поступка са аспекта начела једнакости „оружја“ сликовито је садржана у закључку из литературе да „неутрално истраживање истине кроз свеобухватну надлежност суда за њено утврђивање даје фер шансу окривљеном да се чињенично узме у обзир његова верзија „истине“, чак и када није у могућности да плати вештачење у своју корист или да спроведе тајне мере надзора“.⁴⁸

Поимање и уређење правичног кривичног поступка у државама континентално – европског, мешовитог, типа поступка разликује се од схватања и утврђења захтева правичног суђења у англосаксонским државама. Упркос томе што је материјална истина у државама континенталне Европе циљ кривичне процедуре, паралелно се прописују нормативне заштитне гаранције правичног вођења и окончања кривичног поступка. Основни елементи

⁴³ Т. Васиљевић, стр. 22.

⁴⁴ S. Summers, стр. 172 – 174.

⁴⁵ Бабић указује на разлику правичног права (*law of equity*) које је у Енглеској слободно створио и развио краљев канцелар на основу схватања правичности, чија функција је била да исправља крутост традиционалног (*common law*). Вид.: Dragan Babić, „Pravednost, pravičnost i pravo“, *Pravni vjesnik*, Vol . 3, br. 2, 1987, стр. 156.

⁴⁶ Вид. Elisabetta Grande, „Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth“, *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (eds. John Jackson, Máximo Langer, Peter Tillers), Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2008, стр. 145.

⁴⁷ Mirjan R. Damaška, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven – London 1997, стр. 120.

⁴⁸ Tomas Weigend, „Модели за један модеран кривични поступак: Немачка или САД?“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019, стр. 18.

правичног кривичног поступка континенталног – европског типа су: 1. постојање формалне дужности непристрасности органа поступка и јединственог списка предмета који садржи и доказе против и у корист окривљеног; 2. независан и непристрасан суд изводи доказе и има примарну улогу у утврђивању релевантних чињеница⁴⁹ уз могућност да се доказна активност препусти странкама у мањој или већој мери; 3. странке имају право да *постављају питања* сведоку; 4. могућност да суд изведе доказе по службеној дужности, мимо предлога странака, према начелу материјалне истине поштујући законска ограничења и начело једнакости „оружја“; 5. право окривљеног на слободан избор браниоца; 6. постојање института обавезне одбране и сиромашког права; 7. окривљени се искључиво саслушава као окривљени („забрана кумулације процесних функција“); 8. постојање неутралног и непристрасног судског вештака у кривичном поступку 9. право окривљеног (непосредно или преко браниоца) пре суђења на увид у списе предмета из истраге (*accés au dossier*) уз могућност ускраћивања под законом предвиђеним условима.

2.2.1. Немачка

Компоненте правне државе су и права и начела која су саставни део правичног кривичног поступка.⁵⁰ Основни закон Немачке (*Grundgesetz*)⁵¹ гарантује неприкосновеност основног права на људско достојанство, неповредивост и неотуђивост људских права која везују државне власти „као непосредно важеће право“. Садржи принципе правне државе (*Rechtsstaat*), између осталог, изричито гарантована поједина начела и права (основна судска права – *justizielle Grundrechte*) у вези са правом на правично суђење.⁵² Право на правично суђење темељи се на члану 20 став 3 Основног закона и извире из начела правне државе из члана 28 став 1 Основног закона. У литератури се указује да се за формалну праведност користи израз законитости („*Rechtlichkeit*“), док је њена супротност самовоља.⁵³ Кривично процесно право се, због основног захтева сагласности са Уставом и његовим основним вредностима назива и „примењено уставно право“.⁵⁴

Основни закон чланом 3 гарантује једнакост пред законом, али не и изричито начело једнакости „оружја“, као сегмент права на правично суђење. Савезни Уставни суд Немачке (*Bundesverfassungsgericht*) потврдио је да су поједина права и принципи (претпоставка

⁴⁹ Дамашка помиње „дубоко укоренењу преоцбу да је судија одговоран за исправност чињеничног утврђења: *judex ergo cum sedebit, quidquid latet apparebit*“. М. Дамашка, „Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 13, 1/2006, стр. 11.

⁵⁰ Tremmel Flórián, „„Superprinzipien“ in dem Strafverfahren“, 133 *Studia iuridica auctoritate Universitatis Pécs publicata*, 293 (2004), стр. 297., доступно на <https://heinonline.org/>, приступљено 1. јула 2019.

⁵¹ Немачка је утемељена је на Основном закону Савезне Републике Немачке од 23. маја 1949. године, који је у моменту доношења, услед историјских и политичких околности, имао привремени (прелазни) карактер све до уједињења Западне Немачке (Савезне Републике Немачке – *BRD*) и Источне Немачке (Немачке Демократске Републике – *DDR*), због чега је носио званични назив „Основни закон“ (*Grundgesetz*) уместо Устав (*Verfassung*). Назив је задржан, али је променио значење поставши „устав пуног капацитета који у материјалном смислу нормира основна права, а у организационом делу све сегменте функционисања државне власти“. Edin Šarčević, *Ustav Savezne Republike Nemačke*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2019, стр. 31 – 32.

⁵² независност судства (Articel 97 GG), право на судско саслушање у складу са законом („*rechtliches Gehör*“ Articel 103 (1)), одлучивање суда о ограничењу права на слободу (Articel 104 (2) GG), начело *ne bis in idem* (Articel 103 (3) GG), право на унапред одређеног судију („*gesetzlichen Richter*“ Articel 101 (1) GG). О компонентама правне државе вид.: Т. Flórián, стр. 297.

⁵³ D. Babić, стр. 152.

⁵⁴ Hans – Heiner Kühne, *Criminal procedure systems in the European Community* (ed. Christine Van den Wyngaert), Butterworths, London – Brussels – Dublin – Edinburgh 1993, стр. 138.

невиности, начело једнакости „оружја“), који нису експлицитно формулисани у Уставу, саставни део принципа правне државе (*Rechtsstaadprinzip*). Инкорпорисани су у немачко кривично процесно право путем ЕКЉП.⁵⁵ У пресуди од 8. октобра 1974. године, наводи да је једнакост „оружја“, као процедурални захтев, део права на правично суђење, да му је циљ да „посебно заштити оптуженог коме се оспорава претпоставка невиности до осуде“.⁵⁶ У правној науци једнакост „оружја“ схвата се на двојак начин – као „начело кривичног поступка“ или „независан уставни принцип који се односи на све поступке“.⁵⁷

Важни су налази Савезног уставног суда о односу темељних права из Основног закона и закона Немачке и релевантних тумачења Конвенције из праксе ЕСЉП. Иако је ЕКЉП подређена Основном закону, одредбе Основног закона треба да се тумаче на начин који је „отворен према међународном праву“ што значи да Конвенција и судска пракса ЕСЉП помажу да се утврди садржај и обим основних права и начела правне државе Основног закона.⁵⁸ „Отвореност“ ка међународном праву подразумева тумачење у складу са развојем основних права и слобода из Конвенције. Међутим, ограничења тумачења „отворености према међународном праву“ произлазе из Основног закона – везују се за постојање „мултиполарних ситуација људских права“, које подразумевају ситуације да држава предузима радње у циљу заштите права трећих лица која су такође носиоци основних права, а зависила су од развоја мишљења Савезног уставног суда.⁵⁹

Доктрина наводи немачко право за пример успешног споја својевремено уведене тужилачке истраге и задржаног старог континенталног модела главног претреса.⁶⁰ Државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да трагају за истином (*Instruktionmaxime*).⁶¹ Истрагу води државно тужилаштво тако што утврђује не само чињенице које су против окривљеног већ и оне које му иду у прилог.⁶² У правној науци се запажа да ова улога „много мање одговара улози тужиоца у грађанском поступку, а јасно

⁵⁵ О проширивању основних људских права у Немачкој према ЕКЉП вид.: Christian Tomuschat, „The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court“, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 5, 2010, стр. 518 – 520.

⁵⁶ Вид.: Margozata Wąsek – Wiaderek, *The principle of “equality of arms“ in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries – A comparative view*, Leuven University Press, Leuven 2010, стр. 49.

⁵⁷ *Ibid.*, стр. 48.

⁵⁸ BVerfGE 74, 358 (370), BVerfGE 111, 307 (317)

Вид.: Urteil vom 04. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09, доступно на интернет страници Савезног Уставног суда Немачке, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/05/rs20110504_2bvr236509en.html, приступљено 18. марта 2020.

⁵⁹ *Ibid.*

О „мултиполарној ситуацији основних права“, ограничењима „отвореног“ тумачења и развоју ставова Савезног Уставног суда: Вид.: Eirik Bjorge, *Domestic Application of the ECHR – Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, Oxford 2015, стр. 88–92.

⁶⁰ Снежана Бркић, „Могућности и границе американизације главног претреса према ЗКП Србије из 2001. године, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), бр. 76, Правни факултет у Нишу, Ниш 2017, стр. 274 – 275.

⁶¹ Вид.: Н. – Н. Kühne, стр. 145.

⁶² § 160 (2) Законика о кривичном поступку Немачке, *Strafprozeßordnung – StPO*, vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist

открива наслеђе судије који спроводи свеобухватну истрагу из старог инквизиторног поступка⁶³.

У државнотужилачкој истрази утврђује се улога инадлежност „судије за истрагу“ (*Ermittlungsrichter*).⁶⁴ Са аспекта правичног вођења поступка значајна су права одбране приликом предузимања судских истражних радњи у државнотужилачкој истрази: право на подношење захтева за извођење доказа у корист окривљеног (§ 166 StPO) и право странака на присуство вансудским саслушањима, постављање питања и коментарисање исказа сведока и вештака (§ 168c (1), § 168c (2)), као и ограничења права окривљеног на присуство (§ 168c (3), § 168e StPO).

Бранилац окривљеног има право увида у списе предмета и да разгледа доказе, које се може ограничити под законом предвиђеним условима у истрази (опасност да се „угрози сврха истраге“, доступност „битних информација за оцену законитости лишења слободе“), право на судско преиспитивање одлуке тужилаштва о забрани увида у списе, право на присуство саслушању окривљеног и истражним радњама предузетим пред судом (§ 147 StPO).

Суд је надлежан да на сопствену иницијативу прошири извођење доказа на све чињенице и доказе које сматра важним за доношење одлуке (§ 244 (2) StPO). Упоредо уз овлашћења суда по службеној дужности, одбрана има могућност да утиче на ток главног претреса и доказни материјал подношењем захтева за позивање лице на главни претрес и непосредним позивањем лица. Шкулић објашњава централну улогу суда у уређењу главног претреса на класичан континентално – европски начин, на темељу начела материјалне истине, описом „господар“ доказног поступка.⁶⁵ Кнежевић запажа активну улогу суда у доказном поступку у погледу контролисања доказа, која се огледа и у законској могућности да одбије страначки предлог за извођење доказа између осталог и због сувишности, након што оцени утицај предложеног доказа на одлуку суда, због процене да суд поседује потребно стручно знање (предлог за саслушање вештака), те ако оцени нецелисходност извођења доказне радње.⁶⁶

У немачком кривичном поступку „доминира судско трагање за истином, а не борба између странака и суд обезбеђује ’једнакост оружја’ (*Waffengleichheit*) окривљеног и јавног

⁶³ Т. Weigend (2019), стр. 13.

⁶⁴ Утврђује се надлежност „судије за истрагу“/“судије истраге“ (*Ermittlungsrichter*) који не води истрагу, већ у истрази има контролну улогу над радњама државног тужиоца/полиције и предузима одређене процесне радње у државнотужилачкој истрази – одлучивања о ограничењима односно задирању у основна људска права и слободе као што су одлучивање о притвору, привременом смештању у установу, о одређеним доказним радњама (нпр. претресању, одузимању предмета) и посебним истражним мерама (надзор телекомуникација, компјутерско претраживање података, коришћење техничких средстава, ангажовање прикривених иследника), предузима судске истражне радње по захтеву тужилаштва (§ 160 StPO), судска саслушања и хитне доказне радње (§ 58a (1) StPO), при чему је овлашћен да по својој иницијативи (ако не може да ступи у контакт са тужилаштвом) предузме потребне истражне радње које не трпе одлагање (§ 165 StPO). О томе: М. Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen (IV)* 2/2013, стр. 189 – 190.

⁶⁵ *Ibid.*, стр. 189.

⁶⁶ Саша Кнежевић, „Начело расправности у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXII, Тематски број: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (ур. Предраг Димитријевић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2012, стр. 211.

тужиоца“.⁶⁷Правило је да саслушање сведока и вештака предузима председник већа. Непосредност у извођењу доказа саслушавањем сведока (§250 StPO) гаранција је права на правично суђење. Унакрсно страначко саслушање примењује се супсидијерно, ако постоји сагласан захтев тужилаштва и браниоца, али у том случају председник већа задржава овлашћење (и дужност) да им након унакрсног саслушања постави питања за која сматра да су битна за даље разјашњење предмета (§ 239 StPO).

Карактеристикама кривичног поступка Немачке, посветиће се више пажње у деловима у којима се истражује улога суда и права на одбрану у нашем кривичном поступку.

2.2.2. Француска

У Француској Декларацији о правима човека и грађанина од 1989. године начело законитости постављено је за темељ кривичног процесног права. „Нико не може да буде оптужен, ухапшен или притворен осим у случајевима одређеним законом и на законом предвиђен начин.“⁶⁸Претпоставка невиности прокламована је чланом 9 Декларације. Преамбула Устава Француске од 4. октобра 1958. године позива се на Декларацију. Начела којима је призната конституционална вредност садржана су Уставима, Декларацији и „Основним принципима признатим у законима Републике“ („*Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*“), међу којима је право на одбрану и начело контрадикторности.⁶⁹

Реформом од 15. јуна 2000. године, француском Законнику о кривичном поступку (*Code de procédure pénale – CPP*) додат је уводни члан који прописује поделу функција гоњења и суђења, право на правично суђење и његове сегменте, као и мере ограничења и услове за примену (судска одлука, контрола суда, сврсисходност, сразмерност). Окривљени има право на правичан (*equitable*) и контрадикторан (*contradictoire*) кривични поступак који одржава равнотежу (*équilibre*) права странака, право на суђење према истим правилима за окривљене у сличним околностима који се гоне за иста кривична дела, претпоставку невиности и њену заштиту, право на обавештење о оптужби, право на правну помоћ браниоца, право на помоћ преводиоца, право на суђење у разумном року и право на преиспитивање осуђујуће пресуде од стране другог суда.⁷⁰

Кривични поступак одликује истражно начело у границама закона, уз поштовање права на одбрану. Лица против којих постоје озбиљни и сагласни докази да су учествовала у догађају за који се води истрага, у истрази не могу да се испитају као сведоци (Article 105 CPP). Истражни судија предузима истражне радње, у складу са законом, за које сматра да супотребне да се утврди истина (Article 332 (1) CPP). Дужан је да уједно прикупља доказе који терете окривљеног и иду у корист окривљеног. У правној теорији се описује да истражни судија има два вида надлежности, у границама закона, истражни судску (одлучивање о лишењу слободе, претресању и даљем току поступка).⁷¹ Улога браниоца у истрази је контролна, приликом предузимања радњи у функцији одбране окривљеног.

⁶⁷ Rodolphe Juy – Birman, „The German system“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, стр. 315.

⁶⁸ Члан 7 Декларације о правима човека и грађанина из 1989. године, усвојене 28. августа 1789. године.

⁶⁹ Valérie Dervieux, „The French system“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, стр. 219 – 221.

⁷⁰ Article préliminaire, *Code de procédure pénale*, 1958, Modifié par LOI n°2019 – 222 du 23 mars 2019 – art. 44 (V)

⁷¹ Jean Pradel, „France“, *Criminal procedure systems in the European Community* (ed. Christine Van den Wyngaert), Butterworths, London – Brussels – Dublin – Edinburgh 1993, стр. 110

Истовремено са значајном надлежношћу судије и државног тужиоца, развило се начело „права на одбрану“ ради „постизања суптилне равнотеже“.⁷² Окривљени има право да поднесе истражном судији писмени и образложени захтев за своје саслушање, за саслушање сведока, суочење, да предузима друге радње неопходне за утврђивање истине (Article 82.1 CPP). Сведоци могу да се саслушавају без присуства странака или се могу суочити. Истражни судија овлашћен је да изрази неслагање са захтевом да се окривљеном доставе тражене копије из списка предмета (у целости или делимично) образложеном одлуком ако постоји опасност од утицаја на учеснике у поступку (Article 114.8 CPP).

На суђењу је председник већа (*cour d'assesses*) овлашћен да предузме све мере које сматра неопходним за откривање истине, да позива и саслушава било која лица или прибавља документа корисна за утврђивање истине (Article 310 CPP). Има овлашћење да сведоцима поставља питања након сведочења и да им у току сведочења постави питања ради разјашњења (Article 332 CPP). Бранилац и јавни тужилац имају право да поставе питања сведоку директно након што су тражили реч, а оптужени преко председника већа.

2.3. “*Due process of law*” у англо – америчком праву

Лангфорд (*Langford*) сугерише да право на правично суђење нема универзални карактер, већ да је „културни извоз народа енглеског говорног подручја“⁷³. Статутарна заштита права лица лишених слободе у Енглеској имала је за циљ да спречи процесне злоупотребе државе на штету појединца. У *Речнику људских права* истиче се да “Велика Повеља“ (*Magna Carta*) од 15. јуна 1215. године, садржи прву заиста чврсту посвећеност концепту правичног поступка (*due process*) уз гаранцију да „ниједан слободан човек неће бити ухапшен или затворен или лишен права да управља имовином или стављен ван закона, прогнан или на било који начин жртвован нити ће га напасти или послати било кога да га нападне, осим на основу законитих пресуда племића или по основу закона земље.“⁷⁴ Налази се да је Повеља, оснажујући кривични поступак Хенрија Плантагенета и чувајући га од повреда, имала такође „виталан утицај на генезу Велике пороте“.⁷⁵ Од нарочите важности је да доктрина указује да *Magna Charta Libertatum* ствара идеју „процесне једнакости“ између појединаца и државне власти.⁷⁶

Petition of Rights из 1628. године и *Habeas Corpus Act* из 1679. године, осим заштите од противправног лишења слободе предвиђају и статутарну заштиту права на брзо суђење за лица лишена слободе у смислу спречавања процесних злоупотреба – право лица да захтева брзо суђење, кауцију или да буде пуштен на слободу.⁷⁷

⁷² *Ibid.*, стр. 116

⁷³ Ian Langford, „Fair Trial: The History of an Idea“, *Journal of Human Rights*, 8:1, 2009, стр. 38.

⁷⁴ D. Robertson, стр. 152.

⁷⁵ Вид.: William Sharp McKechnie, *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*, James Maclehose and Sons, Glasgow 1914, стр. 138.

⁷⁶ Elizabeta Ivičević Karas, „Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni elemenat prava na pravični kazneni postupak iz člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (ur. Marko Petrak), Vol. 57, 4-5/07, стр. 761–788.

⁷⁷ Robert J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, Clarendon Press, Oxford 1976, стр. 133–140.

Право на унакрсно испитивање познаје још Сатут Енглеске из 1547. године, упркос томе што су га судови нерадо примењивали, док се процес признања овог права фигуративно окончава 1848. године.⁷⁸

Крајем 19. века, правници у САД праве разлику између појма „*procedural due process*“, који уређује питања попут права на правично суђење, односно захтева примену процесних права и појма „*substantive due process*“, који се користи у правној теорији тако да обухвата неписана основна права заштићена Уставом, која су му логички претходила, али их не помиње.⁷⁹ „*Substantive due process*“ може да се класификује као „граница законодавних одлука да се наметну обавезе приватним странкама“, а „*procedural due process*“ као „официјелне обавезе да се обезбеди фер расправа за оштећеног појединца, ако власт тврди да позитивно право дозвољава да се повреди тај појединац“.⁸⁰

Кривични поступак у Великој Британији и Сједињеним Америчким Државама је адверзијални (страначки) кривични поступак. У литератури се проналази метафора спортског догађаја или игре за описивање карактеристика адверзијалног система.⁸¹ Игра је „борба у којој су вештачки створене једнаке шансе да би противници могли да се суоче под идеалним условима“, која „омогућава прецизну и неоспориву вредност тријумфа победника“.⁸²

Основне карактеристике правичног кривичног поступка су: 1. страначка доказна активност (прикупљање доказа, позивање сведока, извођење доказа) – страначки доказни „двобој“ под једнаким условима и страначки списи предмета; 2. доказна пасивност суда; 3. основно, унакрсно и допунско страначко испитивање сведока које се предузима пред поротом и правила унакрсног испитивања (модел⁸³ унакрсног испитивања, технике испитивања); 4. непристрасан суд обезбеђује спровођење *fair postupka*, док је непристрасна порота⁸⁴ одговорна за утврђивање чињеница; 5. окривљени има право на самозаступање; 6. окривљени има сиромашко право; 7. ако окривљени износи одбрану саслушава се као сведок; 8. странке ангажују приватне (страначке) вештаке; 9. дужност тужиоца да открива доказе (материјале) одбрани пре суђења,⁸⁵ али и дужност „откривања одбране“ ради постизања једнаког приступа доказима.

⁷⁸ Stefano Maffei, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*, Europa Law Publishing, Groningen 2006, стр. 13–14.

⁷⁹ Више о томе вид.: D. Robertson, стр. 65.

⁸⁰ Donald. A. Dripps, *About guilt and Innocence, The Origins, Development, and Future of the Constitutional Criminal Procedure*, Westport, Connecticut, London 2003, стр. 132.

⁸¹ Barbara Allen Babcock, „Fair Play: Evidence Favorable to an Accused and Effective Assistance of Counsel“, *Stanford Law Review*, vol. 34, 6/1982, стр. 1135 – 1136.

⁸² Roger Caillois, *Man, Play, Games*, (превод дела: *Les jeux et les hom ines*, Paris, 1958., преводилац Meyer Barash), University of Illinois Press, Urbana – Chicago 2001, стр. 14.

⁸³ О моделима унакрсног испитивања (везана, невезана и компромисна варијанта) вид.: Вања Бајовић, „Американизација доказног поступка“, *Правни живот* 9/2012, стр. 839.

⁸⁴ „Незнање пороте“, последица одсуства информација о резултатима истраге и доследно спроведеног начела непосредности, сматра се основном гаранцијом њихове непристрасности. Вид.: *Ibid.*, стр. 835.

⁸⁵ Напредак у Енглеској, у погледу наметања обавезе тужилаштву да открије „некоришћени материјал“, („*unused material*“), који је водио доношењу Закона о кривичном поступку и истрази (*Criminal Procedure and Investigation Act*) из 1996. године, имао је паралелу у Француској у бројним променама које су се односиле на дозволу браниоцу окривљеног екстензивнијег *acces au dossier*. Вид.: J. R. Spencer, „Introduction“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, стр. 19.

2.3.1. Велика Британија

Ешворт (*Ashworth*) је објашњавао да Велика Британија нема уставне гаранције, али да Закон о људским правима (*Human Rights Act*) из 1998. године даје одређену правну снагу и признање већини основних права Европске конвенције.⁸⁶ Пре његовог доношења, „основна начела“ кривичног поступка садржана у судској пракси (*case law*) била су: претпоставка невиности, начело јавности суђења, начело јавног сведочења кључних сведока на расправи, право окривљеног да оспорава сведоке оптужбе унакрсним испитивањем и начело акузаторности које обухвата страначко позивање и испитивање сведока на суђењу (а не од стране судије).⁸⁷

До појаве професионалног гођења полиције у 19. веку, приватно гођење од стране грађанаруководило се приватним интересима, пристрасним интересима или лукративним циљевима. Озбиљна претња за правично суђење, забрана браниоцима да се обраћају пороти, важила је до доношења Закона о браниоцима затвореника (*Prisoners' Counsel Act*) од 1836. године. Спречавање негативног ефекта тужилачких доказа на пороту постизала се управо преко судије којем су се браниоци расположивим процесним средствима обраћали да изузме доказе против окривљених. Закон је допустио за све категорије кажњивих дела да окривљеног заступа бранилац без ограничења. Законом о кривичној жалби (*Criminal Appeal Act*) од 1907. године, окривљени добија право на изјављивање жалбе на осуду.

У већини адверзијалних кривичних поступака, с обзиром на безусловни карактер права на „самозаступање“, окривљеном се бранилац не поставља супротно његовој вољи, ако сам не жели браниоца, без обзира на тежину кривичног дела.⁸⁸

Енглеску, Велс и Шкотску одликују две особине система пружања правне помоћи: 1). примарно окривљени сам бира свог правног заступника који ће га бесплатно заступати 2). увођење комбинованог система – „приватних адвоката“ и „државних бранилаца“. Комисија за правну помоћ (*Legal Services Commission – LSC*) закључује уговор са „приватним адвокатима“ о пружању услуга правне помоћи (који морају да испуњавају минималне стандарде подобности и примају субвенцију од државе), али постоји и систем коришћења „државних бранилаца“, адвоката или других правних саветника које директно радно ангажује и плаћа држава.⁸⁹

Истакнута традиционална особина англоамеричког типа поступка је правило против коришћења *hearsay* доказа. Средство за правично суђење је заштита права окривљеног на унакрсно испитивање сведока искључивањем *hearsay* доказа. Неприхватљивост изјава сведока по чувењу у вези је и са оценом ове врсте доказа као „слабих“ доказа. Ипак, *hearsay* правило подлеже листи изузетака установљених законима и прецедентима. Један од основних недостатака широког опсега правила, истицан пре значајне законске реформе од

Адверзијалан тип поступка карактеришу сложена правила о откривању доказа која обухватају и „откривање одбране“ (*discovery against the defence*). Правила су израз тежње да се успостави правична равнотежа између странака. Указује се да је то последица виђења да на страни одбране постоје значајне предности у кривичном поступку. Вид.: Robert P. Mosteller, „Discovery against the defence: Tilting the Adversarial Balance“, *California Law Review*, Vol. 74, 5/1986, стр. 1571.

⁸⁶ Andrew Ashworth, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London 2002, стр. 34.

⁸⁷ J. R. Spencer, (2002 а), стр. 147.

⁸⁸ О томе вид.: М. Шкулић (2020 а), стр. 19.

⁸⁹ Више о томе вид. Lee Bridges, „The Right to representation and Legal Aid“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002, стр. 146 – 147.

2003. године, управо је да се окривљеном не допусти да се позове на важне, уверљиве доказе у своју корист, што је супротно интересима обезбеђења правичног суђења и прети озбиљним последицама у кривичном поступку, са чим се суочила судска пракса поступајући у појединим случајевима противно правилу ради спречавања осуде.⁹⁰ С друге стране, изузеци од права на суочење формулисани су у циљу кажњавања учиниоца кривичног дела.

Начело на коме почива суђење је да судија не треба да се меша у испитивање сведока, јер је његова улога да буде непристрасан арбитар у односу према странкама.⁹¹ Особеност адверзијалног поступка су видови интервенције суда у кривичном поступку у сврху остваривања надлежности обезбеђења правичног поступка. Судија износи доказе пред пороту, ако се бранилац окривљеног не позива на одбрану која произлази из доказа. Даје и упутства (усмерења) пороти. Објашњава пороти доказе, односно даје јој упутства како да разматра доказе у интересу правичног суђења.⁹²

Откривање доказа тужилаштва има двоструку основну функцију која се огледа у захтеву правичног поступка („средство за бољу шансу за постизање равноправности са тужиоцем“)⁹³ и задовољења материјалне правде („унапређивање утврђивања истине како би се умањила опасност да невини окривљени буду осуђени“).⁹⁴ Повреда ове дужности има практичне последице.⁹⁵ Као основно правило *common law* система наводи се дужност тужилаштва да открива материјал за који се процењује да има или може да има утицај на предмет поступка, што се „проширује на било коју ранију писмену или усмену изјаву сведока оптужбе која није у сагласности са доказима које је сведок давао на суђењу и на изјаве сведока потенцијално повољних за одбрану.“⁹⁶ Посебно се испитује да ли су необјављени докази изнети пред пороту. У литератури се примећује да појам размене информација није тако лако усвојити у *common law* традицији у којој је наглашено да свака страна прикупља и презентује „своје“ доказе, што управо најбоље указује пракса Европског суда за људска права.⁹⁷

⁹⁰ Више о томе: JR Spencer, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, стр. 17–18.

⁹¹ А.Т.Н. Smith, „England and Wales“, *Criminal procedure systems in the European Community* (ed. Christine Van den Wyngaert), Butterworths, London – Brussels – Dublin – Edinburgh 1993, стр. 85.

⁹² У случају ЕСЈП *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, у пресуди се констатују упутства суда пороти поводом исказа сведока (женског лица, жртве) датог пред полицијом, која је умрла, те није могла да се унакрсно испита на суђењу. „.....Врло је важно да имате на уму приликом разматрања њених доказа да је нисте видели како сведочи; нисте је чули како сведочи; нисте чули како се њена изјава испитује [од стране браниоца], који би јој несумњиво поставио низ питања.....Имајте на уму да вам је овај доказ прочитан.....”. Вид.: *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. 26766/05, 22228/06, 15 December 2011, para.16

⁹³ Yale Kamisar, Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel, *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions* (American Casebook Series), Sixth Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1986, стр. 1110.

⁹⁴ William J. Brennan Jr., „The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth? A Progress Report“, *Washington University Law Quarterly*, vol. 68, No 1, 1990, стр. 2.

⁹⁵ Врховни суд Уједињеног Краљевства одлучио је у случају *Fraser v Lord Advocate* да осуђујућа пресуда за убиство треба да се укине, јер је Шкотски Апелациони суд применио погрешан тест да би закључио да ли је неоткривање доказа од стране тужиоца проузроковало „неостваривање правде“. Вид.: Anthony Amatrudo, Leslie William Blake, *Human Rights and the Criminal Justice System*, Abingdon, Oxon – New York 2015, стр. 38.

⁹⁶ *Edwards and Lewis v. The United Kingdom*, ECtHR, App. nos. 39647/98, 40461/98, Grand Chamber, 27 October 2004, para 34

⁹⁷ John Jackson, „Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries“, *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context – Essays in Honour of*

2.3.2. Сједињене Америчке Државе

Правила правичног спровођења поступка садржана су у Уставу САД, федералним правилима и законима држава чланица, а “одређена правила произлазе из устаљених обичаја и стечене „традиције“, односно заснивају се на формалном дејству претходно већ донетих судских одлука, које имају, односно стичу прецедентно значење, те постају својеврсни извор права.”⁹⁸ *Common Law* обично се односи на суштински део одлука у ранијим случајевима које потичу из енглеског права пре 1776. године, које су колонисти донели из Енглеске.⁹⁹

Декларација о правима америчке државе Вирџинија од 1776. године помиње појам правичног поступка. Повeља о правима у САД (*Bill of Rights*) из 1791. године, део Петог амандмана Федералног Устава, гарантује да нико не може бити лишен живота, слободе или имовине без „законитог и правилног поступка“ („*due process of law*“), док Шести амандман, гарантује права окривљеног насуђење у разумном року и јавно, пред неристрасном поротом, право на информисаност о природима и разлозима оптужбе, да се суочи са сведоцима оптужбе („сведоцима против њега“), да сеобавезнообезбеди присуство сведока одбране („сведока у његову корист“), право на помоћ браниоца у одбрани.¹⁰⁰ Захтеви поступка из Петог амандмана обухватају и вођење поступка на основу оптужбе Велике пороте и право окривљеног да се не сме натерати да сведочи против самог себе („*The Self – Incrimination Clause*“). Заштита окривљеног темељи се и на Четвртом амандману (заштита од неправилних истрага) и Осмом амандману (забрана прекомерне кауције). „*Due process*“ клаузула део је Четрнаестог амандмана на Устав, који прихвата да се права, привилегије и имунитети из Повeље о правима примењују против држава, као дужности за државе.

Привилегија против самоинкриминације („имунитет сведочења“) темељ је вођења кривичног поступка. Подразумева да „окривљени никада неће бити ненамерни сведок против себе“, алиизграђивање њеног домаћаја развијало се у судској пракси (да ли обухвата потпуни имунитет од гоњења за лице које је приморано да сведочи против себе, да ли постоји могућност увођења у кривични поступак непоуздане принудне претпретресне изјаве и поузданих плодова таквих изјава) и надовезује се на практични проблем (приморавања лица да истинито сведоче – што обухвата и кривичне предмете у којима се суди другом).¹⁰¹

У америчкој судској пракси истицано је да је функција конфронтационе клаузуле (*Confrontation Clause*) да се забрани коришћење писане изјаве прибављене од странке уместо сведочења сведока уживо и унакрсног испитивања.¹⁰² Право на конфронтацију и право на унакрсно испитивање део су Шестог амандмана на Устав САД. По налажењу Врховног суда САД, право окривљеног на суочење са сведоком оптужбе основно је право окривљеног. Обухвата право на унакрсно испитивање и обавезује државе према Четрнаестом

Professor Mirjan Damaška (eds. John Jackson, Máximo Langer, Peter Tillers), Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2008, стр. 230.

⁹⁸ М. Шкулић (2013 а), стр. 199.

⁹⁹ Orrin S. Kerr, “How to Read a Legal Opinion – A Guide for a New Law Students“, *The Green Bag – An Entertaining Journal of Law*, Vol. 11, No. 1, 2007, стр. 59.

¹⁰⁰ D. Robertson, стр. 248.

¹⁰¹ О томе: Akhil Reed Amar, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, Yale University Press, New Haven – London 1997, стр. 46 – 88.

¹⁰² John A. Mayers, „Coy v. Iowa: A Constitutional Right of Intimidation“, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, 3/ 1989, стр. 714.

амандману.¹⁰³ Право на конфронтацију није произашло из одредбе у Шестом амандману, већ је било *common law* право за признатим изузецима.¹⁰⁴ Право окривљеног и браниоца да унакрсно испитају сведоке оптужбе је неопходно да би се пружила заштита окривљенима у кривичним поступцима. Унакрсно испитивање описивано је као једна од гаранција која је суштинска за правично суђење.¹⁰⁵ У судској пракси Врховног суда САД цитира се изјава римског гувернера Фестуса из Акта Апостола (Акт (25:16)): „Није манир Римљана да испоруче сваког човека да умре, пре него што онај који је оптужен буде лицем у лице са оним који га оптужује и да има дозволу да одговори за себе у вези са кривичним делом против њега.“¹⁰⁶

Разматрао се однос конфронтационе клаузуле и правила о прихватању „доказа по „чувењу“ (који између осталог обухватају изјаве лица дате полицији без присуства одбране и писане изјаве лица) односно изузецима њиховог прихватања. Истицало се да је примарни циљ ове уставне одредбе да се спрече коришћења таквих сведочења или *ex parte* писане изјаве „уместо личног и унакрсног испитивања сведока у којем оптужени има прилику, не само да се испита сећање и да провери савест сведока, већ да га присили да стане лицем у лице са поротом да би га могли погледати и судити по његовом држању и начину на који сведочи о томе да ли му треба веровати“.¹⁰⁷ Значај сведочења сведока лицем у лице са окривљеним сликовито је описан речима судије Скалија (*Scalia*): „Увек је теже да се изговара лаж о особињој у лице, него иза леђа...Ако је изговорена лаж, најчешће ће бити изговорена мање убедљивије...“¹⁰⁸

Немогућност читања на суђењу записника о исказима датим током истраге, последица је и потпуно неформалне природе истраге у кривичном поступку САД.¹⁰⁹ Изузетак је прихватање исказа недоступних сведока датих пре суђења, у односу на које је пре суђења задовољено право окривљеног на унакрсно испитивање¹¹⁰, што у суштини зависи од постојања процедура узимања изјава које претходе суђењу, а одговарају суђењима према могућности остваривања стандарда конфронтације.

За разлику од континентално –европских држава у којима јавно (државно) тужилаштво има дужност непристрасности, за вршење тужилачке функције у САД везани су

¹⁰³ Erwin N. Griswold, „The Due Process Revolution and Confrontation“, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 119, 5/1971, стр. 715–716.

¹⁰⁴ *Salinger v. United States*, 272 U.S. 542 (1926), 548., доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/542/>, приступљено 4. јуна 2019.

¹⁰⁵ *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931), 692., доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/687/#691>, приступљено 15. априла 2019.

¹⁰⁶ *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988), 1016, доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/1012/>, приступљено дана 4. јуна 2019.

¹⁰⁷ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895), 242–243, доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/237/>, приступљено 4. јуна 2019.

¹⁰⁸ Mark G. Frank, Elena Svetieva, “The role of nonverbal communication in detecting and telling lies”, *Nonverbal Communication – Handbooks of communication science* (eds. Judith A. Hall, Mark L. Knapp), De Gruyter, Berlin 2013, стр. 474.

¹⁰⁹ М. Шкулић, „Основне контроверзе система страначког доказивања на главном претресу према правилима Законика о кривичном поступку Србије“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019, стр. 20.

¹¹⁰ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>, приступљено 29. августа 2020.

професионални и етички стандарди који описују „најбоље праксе“ подразумевајући поштовање уставних и законских права окривљених.¹¹¹

Врховни суд САД је 1963. године, одлучујући у случају *Gideon v. Wainwright*, заузео став да уставно право окривљеног на помоћ браниоца обухвата и захтеве држави да окривљеном обезбеди браниоца ако нема средства да га ангажује.¹¹² Право на браниоца сматра се средством за остваривање начела једнакости „оружја“.¹¹³ За страначки систем је од суштинског значаја правилно и потпуно остваривање функције одбране (подношење захтева за пуштање на слободу уз пружање јемства, спровођење сопствених истрага, ангажовање вештака, преиспитивање одлука и доказа). Бранилац по основу сиромашног права обезбеђује се на различите начине: обезбеђење браниоца од стране државе или окружне службе јавних бранилаца, систем постављења браниоца (изабраних са листе, *ad hoc* изабраних од стране судије, координисани систем избора преко администратора), уговорни систем (закључење уговора са приватним адвокатским фирмама, групом приватних практиканата или невладиним организацијама –адвокатским удружењима).¹¹⁴ Основни проблем у адверзијалним поступцима је парирање сиромашног окривљеног тужиоцу нарочито у сложеним поступцима (са аспекта материјалног и процесног кривичног права) који захтевају значајна финансијска средства да би се окривљени делотворно бранио. Када је реч о јавном браниоцу (*public defender*), који заступа сиромашне окривљене, у литератури се запажа да се због недостатка финансијских средстава „ретко упуштају у опсежне истражне делатности“, те да се његов посао у великој мери сводинапреговоре са јавним тужиоцем о концесијама за случај споразума о признању кривице.¹¹⁵

Врховни суд САД је тумачењем Шестог амандмана формулисао правило да се осумњиченом гарантује право на приступ браниоцу за време испитивања полиције и да повреда правила има за последицу да се признање дато у таквим условима не може користити као доказ против њега на суђењу (*Escobedo Rule*).¹¹⁶ „Миранда упозорење“ произашло је изсудске праксе тумачењем Устава које подразумева да супрема Четвртом амандману изјаве осумњиченог лишеног слободу у полицији прихватљиве као доказ на суђењу ако је осумњичени претходно упозорен натемељна права, право на ћутање и на разговар са адвокатом пре започињања испитивања, која осумњичени може да користи или да их се одрекне свесно и доброволно.¹¹⁷ У овом случају повређена су процесна права осумњиченог из Петог и Шестог амандмана.

¹¹¹ Вид.: *American Bar Association, Criminal Justice Standards for the Prosecution Function*, доступно на https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/, приступљено 24. марта 2020.

¹¹² *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/> приступљено 24. марта 2020.

¹¹³ В. Бајовић, *Споразум о признању кривице – упоредно – правни приказ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, стр. 181.

¹¹⁴ Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Criminal Procedure*, Third Edition, West Group, St. Paul, Minn, 2000, стр. 17.

¹¹⁵ М. Дамашка, „О неким učincima stranački oblikovanog pripremnog kaznenog postupka,“ *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14, 1/2007, стр. 13.

¹¹⁶ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/478/>, приступљено 24. фебруара 2020.

¹¹⁷ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>, приступљено 24. фебруара 2020.

Тужилац и окривљени, односно његов бранилац, јер је екстремно ретко да окривљени нема браниоца, сопственим аргументима се “туку“ пред поротом састављеном од обичних грађана која цени ко је убедљивији.¹¹⁸ У правној литератури примећује се да институт постављеног браниоца у САД има другачију генезу, а да се сматрало да судија својим службеним положајем представља довољну гаранцију да се према оптуженом неће применити неправедан, не фер поступак.¹¹⁹

Својеврстан вид баланса положаја странака циљ је страначких откривања (одбрана, доказа) и правила о терету доказивања чињеница. Према Федералним правилима поступка¹²⁰, уређује се откривање одбрана (алиби одбрана – “намеравана алиби одбрана“, одбрана неурачунљивости), достављање писаног обавештења о одбрани, листе сведока алибија и условљено откривање тужилаштва листе сведока који побијају алиби (Правило 12.1., 12.2). Према Правилу 16, откривање доказа тужилаштва обухвата изјаве окривљеног (усмене, писане, снимљене), кривични досије окривљеног, документацију и предмете, вештачења, научне тестове или експерименте, писане сажетке сведочења вештака. Откривање одбране односи се такође на документацију и предмете, вештачења, научне тестове или експерименте и писане сажетке сведочења вештака. Установљено је узајамно страначко откривање доказа у циљу одређивања предмета расправе и увођења случаја на суђење. Пре почетка суђења обавезно јеподношење таксативно одређених процесних одбрана, приговора и захтева (Правило 12). Федерална правила о доказима¹²¹ указују на поделу терета доказивања одређених чињеница између странака (Правило 404). Доктрина објашњава да је управо формалноправна подела (расподела) терета доказивања карактеристика адверзијалног поступка, за разлику од континенталноевропског типа поступка, кога одликује одсуство процесне дужности окривљеног да предлаже доказе у погледу релевантних чињеница које му иду у корист.¹²² Ипак, правила не утичу на дужност тужилаштва да докаже елементе кривичног дела које је предмет оптужбе.¹²³

Тужилаштво има дужност презентовања пороти материјалних доказа. Повреда ове дужности кршење је законитог и правилног поступка. Подразумева и неоткривање информације о обећању које је тужилаштво далокључном сведоку да неће да буде процесуиран ако сведочи пред великом поротом и на суђењу („обећање милости“), што захтева поновно суђење.¹²⁴

¹¹⁸ М. Шкулић, „Основни облици кршења права на правично суђење у новом Законику о кривичном поступку Србије“, *Правни живот* 9/2013, стр. 698.

¹¹⁹ Зорица Мршевић, *Главни претрес у југословенском кривичном поступку*, магистарски рад, одбрањен на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 1982, стр. 128.

¹²⁰ *Federal Rules of Criminal Procedure*

¹²¹ *Federal Rules of Evidence*

¹²² В. Ђурђић (2014), стр. 255.

¹²³ Начелно, у доктрини се објашњава да је „процесни задатак оптужбе да докаже кривично дело (*actus reus + mens rea*), док је на одбрани да докаже постојање околности које се сматрају „одбранама“, које су „збирно дефинисане“, те обухватају како материјалноправне основе, тако и одређене кривичнопроцесне/доказне основе“ које „искључују постојање кривичног дела/кривичне одговорности или које спречавају вођење кривичног поступка и осуду“. М. Шкулић, *Основи кривичног права Сједињених Америчких држава*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021, стр. 35.

¹²⁴ *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150 (1972), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/>, приступљено 24. марта 2020.

Привилегије (предност) окривљеног у кривичном поступку описује судија *Learnend Hand* у смислу да је окривљени „имун од испитивања и коментарисања свог ћутања“ и да не може да буде осуђен ако постоји „макар *правична сумња* једног од дванаест.“¹²⁵

У САД вид спречавања нарушавања равнотеже између странака је искључење доказа који могу да изазову сувише емотивну реакцију чланова пороте, који сами по себи позивају на одређене неправилне закључке и који су сувише сугестибилни, што може да има утицај на чињеничну основу пресуде.¹²⁶

2.4. Начело правичног поступка и једнакости „оружја“ у изворима кривичног процесног права државанекадашње СФРЈ

Законодавства држава некадашње СФРЈ прописују да је начело правичности темељ кривичног поступка или начело изричито не утврђују међу темељним начелима, али садрже његове аспекте и захтеве. Уједно, основне разлике кривичних поступака засноване су на опредељењу законодаваца у погледу начела истине. Процесни закони задржавају начело истине и истовремено утврђују правила о начину успостављања баланса између начела истине и правичности; формално га не наводе међу основним начелима поступка, иако оно произлази из основних правила о поступању суда на расправи; елиминишу начело истине наглашавајући формално захтеве правичности уз задржавање института и правила који доприносе утврђивању материјалне истине; изостављају начело истине и битно сужавају интервенције суда у страначко извођење доказа. Особена је нормативна техника у погледу начела једнакости „оружја“. Начело се засебно дефинише међу основним одредбама и начелима кривичног поступка, или се подразумева у оквиру начела правичности.

2.4.1. Црна Гора

Право на правично суђење и јавно суђење гарантовано је чланом 32 Устава Црне Горе. Законик о кривичном поступку Црне Горе – ЗКП ЦГ,¹²⁷ у члану 1, утврђује да је најважнији општи циљ правила кривичног поступка правично вођење кривичног поступка. За разлику од нормативне технике у ЗКП Србије, законодавац се определио да најпре утврди циљ кривичне процедуре у општем смислу – омогућавање правичног вођења поступка, а затим да истакне заштитну гаранцију претпоставке невиности („да нико невин не буде осуђен“), што је сагласно кључном значају у демократском друштву правичног кривичног поступка у целини. Према пракси ЕСЈП, уједно је циљ елемената права на правично суђење, међу којима се посебно издваја претпоставка невиности, постизање стандарда правичног поступка у целини.

Утврђене су заштитне гаранције претпоставке невиности, права на одбрану и правичности у целини прописивањем постојања дужности државних органа, медија, удружења грађана, јавних личности и других лица да поштују *претпоставку невиности* и да својим јавним изјавама о кривичном поступку који је у току не вређају друга правила

¹²⁵ Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, стр. 1110.

¹²⁶ О судској пракси у САД вид.: Т. Weigend, „Is the Criminal Process about Truth: A German Perspective“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 26, No. 1, 2003, стр. 166.

¹²⁷ Законик о кривичном поступку Црне Горе, *Službeni list Crne Gore*, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 2/2015 – одлука УС, 35/2015, 58/2015 – др. закон и 28/2018 – одлука УС

поступка, *права окривљеног и оштећеног* и начело *судске независности* (члан 3 став 2 ЗКП ЦГ).

Правилима Закона о судовима¹²⁸, гарантује се право на приступ суду и једнакост пред судом („*доступност судова и равноправност странака*“), независан суд, законито, непристрасно и објективно одлучивање суда (чл. 2, 3 и 5).

Основне одлике кривичног поступка у Црној Гори произлазе из упоредног прописивања у члану 16 ЗКП – а начела истине, традиционалног начела континентално – европског кривичног поступка, и начела правичности, чији су елементи и захтеви гарантовани одредбама члана 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама. У правној теорији се наглашава да кривични поступак задржава мешовити акузаторско – инквизиторски систем по узору на ЗКП СРЈ од 2001. године, уз наглашене елементе акузаторности, што је карактеристика континентално – европских држава.¹²⁹

Начело једнакости „оружја“ дефинисано је у Законику о кривичном поступку у оквиру начела правичности, као његов темељ. Одређено је да подразумева дужност суда да странкама и браниоцу обезбеди једнаке услове у погледу *предлагања доказа и приступа доказима* и *њиховом извођењу* („посебно истицање елемента правичног кривичног поступка“¹³⁰). Најопштије се тумачи да је захтев начела „да свака страна мора имати једнаку могућност употребе процесних средстава при чему ниједна не смије бити фаворизирана по било ком основу.“¹³¹ Описује се и изразом „једнакост средстава“ који обухвата детаљно уређен захтев из члана 4 став 2 ЗКП ЦГ да се окривљеном омогући изјашњавање о свим чињеницама и доказима који га терете и да изнесе све чињенице и доказе који му иду у корист.¹³²

Један од елемената правичног поступка и критеријум оцене правичног поступка као целине са аспекта поштовања начела једнакости „оружја“ је увид у списе предмета. Значај увида у списе предмета за оцену правичности поступка је *ratio legis* засебног регулисања права окривљеног и браниоца на увид у списе предмета. Законски су уређена дозвољена ограничења права (члан 203б ЗКП ЦГ) у виду ускраћивања одбрани увида у *део* списка у извиђају и истрази (у случају *угрожености сврхе истраге, националне безбедности* и потребе обезбеђења *заштите сведока*), формалних претпоставки за примену ограничења (одлучивање државног тужиоца образложеним решењем), те права на правно средство за заштиту права (право на приговор против решења о ускраћивању права, одлучивање судије за истрагу о приговору након упознавања са разлозима ускраћивања права). Правила одражавају примену начела издвајањем постојања законског ограничења, легитимног циља, разумне сразмерности средстава ограничења и легитимног циља, као и истицањем оцене поступка у целини, с обзиром да није дозвољено да се оправданим ограничењима у даљем поступку угрозе права на одбрану. Примедбе које се упућују овом законском решењу су што се не види које одлуке доноси судија за истрагу по приговору, као и да је питање чему се

¹²⁸ Zakon o sudovima, *Službenom listu Crne Gore*, br. 11/2015 od 12.3.2015. godine, stupio na snagu 20.3.2015.

¹²⁹ Drago Radulović, *Krivično procesno pravo*, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica 2015, стр. 59

¹³⁰ М. Škulić, *Krivično procesno pravo*, CID Podgorica, Podgorica 2012, стр. 84.

¹³¹ Dragoljub Drašković, „Pravo na pravično suđenje“, *Matica*, br. 71, 2017, стр. 16

¹³² *Ibid.*, стр. 26

може приговорити, јер лица којима је право ускраћено немају право увида у разлоге државног тужиоца.¹³³

Законик о кривичном поступку од 2009. године¹³⁴ уводи тужилачку уместо судске истраге. О спровођењу истраге одлучује државни тужилац наредбом, а током истраге се прописују права одбране која одражавају примену начела расправности и извесне почетне гаранције равнотеже положаја странака у поступку у целини. Утврђују се дужности државног тужиоца и права одбране: дужност непристрасности државног тужиоца – испитивања и утврђивања чињеница које терете окривљеног и које му иду у корист с једнаком пажњом (члан 16 став 1 ЗКП ЦГ), обавезно саслушање осумњиченог и поновно саслушање осумњиченог у циљу прикупљања доказа у прилог његовој одбрани пре доношења наредбе (члан 275 став 2 ЗКП ЦГ), достављање наредбе о спровођењу истраге окривљеном и његовом браниоцу, као предуслов за остваривање права на одбрану у истрази (члан 275 став 5 ЗКП ЦГ), једнако право државног тужиоца и окривљеног да од суда захтевају одржавање доказног рочишта (члан 276 став 2 ЗКП ЦГ), права браниоца и окривљеног да буду обавештени на погодан начин о спровођењу доказних радњи, да присуствују доказним радњама и права учешћа¹³⁵ одбране у предузимању доказних радњи („отвореност истраге“ – члан 282 ЗКП ЦГ).

Истовремена примена начела правичности и истине огледа се у томе да је на главном претресу председник већа у „улози истраживача коме је непосредни циљ да се утврди истина“, али се до истине долази „критичким прилазом материјалу истраге“ и „објективним односом према предлозима странака“¹³⁶. Баланс између примене начела огледа се и у невезаности суда за диспозицију странака у погледу предлога за извођење доказа односно могућности одлучивања суда да се изведу докази који нису предложени или од којих се одустало (члан 346 став 5 ЗКП ЦГ), те дужношћу председника већа да се стара да се *свестрано претресе предмет поступка и да се утврди истина* (члан 318 став 6 ЗКП), али у оквирима поштовања захтева правичног вођења поступка, пре свега начела једнакости „оружја“ и права на одбрану окривљеног. Примена начела једнакости „оружја“ у погледу извођења доказа, која је првенствено судска активност, захтева да „странке и бранилац под одређеним условима могу да узму учешћа у тој активности“, а „суд је дужан да им обезбеди једнаке процесне и фактичке услове“.¹³⁷ Одсуство страначке доказне активности, захтева да суд буде доказно активан у границама примена начела циља кривичне процедуре. Суд је дужан да објективно и једнако испитује и утврђује чињенице против окривљеног и у прилог одбрани. Изводе се докази о „свим чињеницама које су по оцени суда важне за доношење законите и правилне одлуке“.¹³⁸

¹³³ Д. Радуловић, „Поглед на нови Закон о измјенама и допунама Законика о кривичном поступку Црне Горе“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 2–3/16; *Crimen* 3/16, стр. 266.

¹³⁴ *Službeni list Crne Gore* br. 57/09

¹³⁵ Шкулић описује као „право доказне иницијативе у односу на субјекта који предузима доказну радњу, (државног тужиоца, судије за истрагу). М. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Мисија ОСЕЦ у Црној Гори, Подгорица 2009, стр. 824

¹³⁶ Д. Радуловић, „Законик о кривичном поступку Црне Горе и главни претрес (основна обиљежја и спорна питања – теорија и пракса), *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2015, стр. 131.

¹³⁷ М. Škulić (2009 а), стр. 112

¹³⁸ М. Škulić (2012 а), стр. 420.

2.4.2. Босна и Херцеговина

Кривичнопроцесно законодавство БиХ обухвата кривичнопроцесно законодавство на нивоу државе (Босне и Херцеговине), ентитета (Федерације БиХ, Републике Српске) и дистрикта (Дистрикт Брчко). Карактеришу их подударна или врло слична решења и одређење да се уношењем у кривични поступак бројних адверзијалних елемената оствари делотворна примена ЕКЉП и унапреди ефикасност кривичног поступка.

Закони о кривичном поступку БиХ/БД БиХ/РС (члан 14 став 1) и Закон о кривичном поступку Федерације БиХ (члан 15 став 1) дефинишу засебно начело једнакости „оружја“, ради начелног јачања положаја странака и гарантовања права на одбрану. Одређују га као вид „једнакости у поступању“, нешто општије, у смислу *дужности суда* да странке и браниоца *третира на једнак начин* и да свакој од страна пружи *једнаке могућности* у погледу приступа доказима и њиховом извођењу на главном претресу.¹³⁹ Основ испуњења захтева једнакости у поступању је право на заступање одбране. Други вид једнакости у поступању, према ЗКП БиХ/РС/БД БиХ (члана 14 став 2) и ЗКП Федерације БиХ (члан 15 став 2) дужност је непристрасности суда, тужиоца и других органа који учествују у поступку у смислу једнаке пажње у испитивању и утврђивању чињеница које терете осумњиченог/оптуженог (чињенице *in peius*) и оних које им иду у корист (чињенице *in favorem*). Тумачи се да управо ова процесна установа доприноси утврђивању материјалне истине.¹⁴⁰ Означава се и као начело „једнаког обзира“ изражено нпр. у правилима о једнаком праву странака и браниоца на позивање сведока и извођење доказа, правилима о директном, унакрсном и додатном испитивању, правилу о извођењу доказа чије је извођење наредио судија/веће, дужношћу судије/председника већа да се стара за свестрано претресање предмета, наређивању извођења доказа од стране суда, изјављивању жалбе од стране тужиоца како на штету тако и у корист оптуженог.¹⁴¹

Основно средство за постизање једнакости у поступању су обавезе браниоца током поступка да предузме све неопходне радње у оквиру заступања окривљеног у циљу: 1. утврђивања чињеница; 2. прикупљања доказа у корист осумњиченог/оптуженог; 3. заштите права осумњиченог/оптуженог.¹⁴²

Кривични поступак БиХ одликује се адверзијалним елементима (изјашњавање оптуженог о кривици пред судијом за претходно саслушање, предрасправно рочиште, страначко испитивање сведока и вештака – директно, унакрсно и додатно испитивање, ограничење постављања питања сведоку током унакрсног и додатног испитивања према

¹³⁹ Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018

Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговина, *Službeni glasnik Брчко дистрикта БиХ*, br. 34/2013 – преčišćen tekst, 27/2014, 3/2019 i 16/20

Закон о кривичном поступку Републике Српске, *Službeni glasnik Републике Српске*, br. 53/2012, 91/2017 i 66/2018

Закон о кривичном поступку ФБиХ, *Službene novine ФБиХ*, br. 35/03 28. јула 2003.; исправке и измјене и допуне: *SN ФБиХ*: br. 37/03; *SN ФБиХ*: br. 56/03; *SN ФБиХ*: br. 78/04; *SN ФБиХ*: br. 28/05; *SN ФБиХ*: br. 55/06; *SN ФБиХ*: br. 27/07; *SN ФБиХ*: br. 53/07; *SN ФБиХ*: br. 9/09, *SN ФБиХ*: br.12/10, 8/2013 i 59/2014

¹⁴⁰ О томе: Хајрија Сјерчић – Ћолић, *Кривично процесно право – Књига I – Кривично процесни субјекти и кривично процесне радње*, Четврто измијенјено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2017, стр. 101.

¹⁴¹ Вид. Н. Сјерчић – Ћолић *et al.*, *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Заједнички пројекат Вјећа Европе и Европске комисије, Вјеће Европе/Европска комисија, Сарајево 2005, стр. 75.

¹⁴² члан 50 став 1 ЗКП БиХ, члан 64 став 1 ЗКП ФБиХ, члан 58 став 1 ЗКП РС, члан 50 став 1 ЗКП БД БиХ

предмету питања, избор за оптуженог да се испита у својству сведока на главном претресу директно и унакрсно) и слабљењем инквизиционе максиме (формално елиминисање начела истине, изузетна наредба извођења доказа од стране суда и испитивање сведока и вештака од стране суда, испитивање пресуде у границама жалбених навода). Ипак, суд је овлашћен да поставља питања сведоку и вештаку, да не дозволи одређена питања и одређене доказа, да контролише начин и редослед извођења доказа. Стара се за „свестрано претресање предмета“¹⁴³, води рачуна да „испитивање и извођење доказа буде ефикасно за утврђивање истине“, да се „избегне непотребно губљење времена“, као и да се „заштите сведоци од узнемиравања и збуњивања“.¹⁴⁴

Неформална истрага обухвата ранији преткривични поступак и претходни кривични поступак. Захтеви једнакости „оружја“ у истрази огледају се пре свега у дужности тужиоца и службеног лица да објективно спроведе истрагу. Бројни су приговори у теорији и пракси упућени остваривању начела „једнакости у поступању“ у истрази. Права одбране у истрази су ужа и знатно ограничена, нарочито када се ради о учешћу у истражним радњама, што пре свега доводи у питање захтев довољне и праве прилике за припремање одбране. Бранилац и осумњичени имају право да разматрају списе и разгледају предмете „у корист осумњиченог“, право увида у доказе битне за оцену законитости притвора, као и право да предлажу извођење доказа у истрази у корист осумњиченог. Утврђено је једнако право странака и браниоца да предложе судско обезбеђење доказа.

Темељне примедбе у правној теорији са аспекта улоге осумњиченог у истрази и начела једнакости „оружја“ су непостојање обавезе тужиоца да достави наредбу за спровођење истраге осумњиченом, уско постављено право одбране на увид у списе предмета (право се односи само на списе и предмете који иду „у корист осумњиченог“, ускраћивање увида браниоцу у случају довођења у опасност циља истраге).¹⁴⁵ Остваривање права на одбрану у истрази практично зависи од тренутка када ће тужилац да обавести осумњиченог о спровођењу истраге односно од момента сазнања осумњиченог за истрагу и да се против њега прикупљају докази. Бранилац нема законом предвиђено правно средство за побијање одлуке тужиоца о ускраћивању увида у списе предмета. Одсуство законског регулисања узроковао је двојак приступ судске праксе, судија за претходни поступак није надлежан да се „уплиће“ у дискреционо овлашћење тужиоца или судија за претходно поступак оцењује оправданост одлуке тужиоца.¹⁴⁶

У случају да оптужени пориче кривицу, судија за претходно саслушање враћа тужиоцу доказе који потрепљују наводе оптужнице, а прослеђује предмет судији односно већу.¹⁴⁷ Није регулисано спровођење истраге одбране, али из судске праксе произлази дозвољен приступ одбране сведоцима тужилаштва након подизања оптужнице у смислу достављања података о сведоцима у циљу обављања разговора ради доказивања властитих

¹⁴³ члан 239 став 2 ЗКР БиХ, члан 254 став 2 ЗКР ФБиХ, члан 254 став 2 ЗКР РС, члан 239 став 2 ЗКР БД БиХ,

¹⁴⁴ члан 262 став 3 ЗКР БиХ, члан 277 став 3 ЗКР ФБиХ, члан 277 став 3 ЗКР РС, члан 262 став 3 ЗКР БД БиХ

¹⁴⁵ Миодраг Н. Симовић, „Основне карактеристике система кривичне истраге у законодавству Босне и Херцеговине и њен утицај на поједностављење кривичног поступка“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Иван Јовановић, Мирољуб Станисављевић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2013, стр. 123.

¹⁴⁶ Божидарка Додик, „Тужитељска истрага – искуства Босне и Херцеговине“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. Ана Петровић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012, стр. 29

¹⁴⁷ члан 229 став 4 ЗКР БиХ, члан 244 став 4 ЗКР ФБиХ, члан 244 став 4 ЗКР РС, члан 229 став 2 ЗКР БД БиХ

тврђњи.¹⁴⁸ Поменути приступ у колизији је са континентално – европском традицијом и „отвара пут“ озакоњењу колузионе опасности, разлогу за притвор у овом типу кривичног поступка. „Судећи судија односно веће практично се на почетку главног претреса упознају само са оптужницом, што је одлика страначког поступка. У литератури се налази да је главни претрес „организован као спор равноправних странака пред судом с јасно израженим и развијеним начелом контрадикторности“.¹⁴⁹ Након читања оптужнице и провера да ли је оптужени разумео оптужницу те укратко изношења доказа тужиоца, оптужени и бранилац нису дужни да открију доказе одбране пре њиховог извођења, већ „могу да изнесу концепт одбране“.¹⁵⁰ Странке и бранилац имају једнако право да предлажу доказе, позивају сведоке, доказују недоступност сведока, изводе доказе, директно испитују сведоке које су позвали и унакрсно испитују сведоке супротне странке, као и да ангажују вештаке чије трошкове сnose.

2.4.3. Хрватска

Захтев правично спроведеног поступка не издваја се засебно у начелима кривичног поступка Закона о казненом поступку Хрватске¹⁵¹. Међутим, у оквиру начела се посебно утврђује: 1. захтев законито спроведеног поступка пред судом, кога према налажењу коментатора обухвата настојање правичног вођења поступка¹⁵²; 2. увођење у правни поредак Директива ЕУ од значаја за право на правично суђење (пре свега право на информисање у кривичном поступку, право на приступ браниоцу, јачање одређених видова претпоставке невиности, права учествовања на расправи, права о правној помоћи за осумњичене/окривљене); 3. претпоставка невиности; 4. права окривљеног (право на изабраног браниоца, обавезна одбрана, право на бесплатног браниоца) и права ухапшеног; 5. дужности суда¹⁵³ и државних органа учесника у поступку да с једнаком пажњом испитују и утврђују чињенице које терете окривљеног и које му иду у корист које истовремено штите јавни интерес борбе против криминалитета и заштитна су гаранција правично спроведеног поступка; 6. дужност државног одвјетништва/истражитеља/полиције да независно и непристрасно разјасне сумњу и с једнаком пажњом прикупљају податке о „кривњи“ и „недужности“ окривљеног.

Начело једнакости „оружја“, аспект (захтев) права на правично суђење, изричито се не наводи међу начелима кривичног поступка, али је израз уставног начела „једнакости пред

¹⁴⁸ Сенка Ножица, „Једнакост страна у поступку и позиција одбране у кривичном поступку БиХ (практично искуство)“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012, стр. 249 – 251.

¹⁴⁹ Вид.: Х. Сијерчић – Чолић, „Главни претрес према законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини – неки теоријски и практични аспекти“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2015, стр. 50.

¹⁵⁰ члан 260 ЗКР БиН, члан 275 став 3 ЗКР ФБиН, члан 275 став 3 ЗКР РС, члан 260 став 3 ЗКР ВД БиН

¹⁵¹ Закон о казненом поступку Хрватске, *Narodne Novine*, 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19

¹⁵² Šime Pavlović, *Zakon o kaznenom postupku*, 2. izdanje, Libertin naklada Biblioteka pravo i zakoni, Rijeka 2014, стр. 3

¹⁵³ Ранији Закон о казненом поступку од 2008. године који је унео бројне адверзијалне елементе, сагласно тада прихваћеном концепту страначког поступка утврђивао је начело једнакости „оружја“ које је дефинисано као дужност суда да обезбеди странкама и браниоцу „једнаке могућности доказивања на расправи у складу са законом“. Вид. члан 4 став 1 Закона о казненом поступку Хрватске, *NV 152/2008* – 4149

законом“ (члан 14 став 2 Устава Републике Хрватске¹⁵⁴) и произлази из права на правично суђење зајемченог чланом 29 став 1 и 2 УРХ. Средстава за остваривање начела су прокламована права окривљеног на одбрану (члан 26 став 2 Устава), детаљно уређена у Законику о казненом поступку. Уставни суд Републике Хрватске ценио је поштовање начела једнакости оружја, означавајући га и изразом „једнакост *средстава*“, „*једнакост процесних оружја*“, „*једнакост у поступку странака*“ позивајући се на праксу ЕСЉП, у вези пре свега неоправданог одбијања доказних предлога одбране што „знатно олакшава“ терет доказивања кривице окривљеног од стране оптужбе, те права окривљеног на слободан избор браниоца.¹⁵⁵

Одлука Уставног суда Хрватске од 19. јула 2012. године у којој се ценила уставност већег броја правила Закона о казненом поступку Хрватске, темељ је реформе хрватског кривичнопроцесног законодавства, тада заснованог на основима страначког поступка, у правцу „*јудичијализације хрватског казног поступка*“, што подразумева јачање надлежности суда у свим фазама кривичног поступка: судска контрола истраге и истраживања (одлучивање судије истраге о жалби на решење о спровођењу истраге, приговор због повреде процесних права одбране у истраживању), судско доказно рочиште, јачање инквизиторског начела (укидање унакрсног испитивања, враћање доказне иницијативе суда на расправи), као и успостављање и јачање судске заштите окривљеног (заштита процесних права одбране по приговору окривљеног).¹⁵⁶

За покретање истраге потребан је виши степен сумње („*основана сумња*“), а постојање законских претпоставки и законских сметњи за покретање и спровођење истраге контролише суд („судац истраге“) у контрадикторном поступку, по жалби окривљеног или његовог браниоца. Уставни суд у образложењу поменуте одлуке указује на уставни захтев судске заштите, „*позитивну обавезу законодавца*“ – „*механизам дјелотворне судске заштите против незаконитог (арбитрерног) казног прогона и истраге*“, утемељен на традицији судске истраге и трипартитне поделе казног поступка, усмерености целокупног каталога људских права према судској заштити, као и на томе да је суд „средишни заштитник“ владавине права и начела законитости на којима се заснива уставни поредак.¹⁵⁷ Уставни суд налази да су „*законите предистражне и истражне радње, укључујући и поступања полиције, темељне претпоставке и најбоља припрема поштеност суђења које последице њих може услиједити*“. ¹⁵⁸

Окривљеном је у циљу заштите правичности поступка утврђено право на саслушање пре доношења решења о спровођењу истраге (члан 216 став 4 ЗКПХ), право да му се достави решење о спровођењу истраге заједно са поуком о минималним правима (члан 218 став 1 ЗКПХ), уз изузетну могућност привремених тајних истрага – одлагања остваривања овог права (члан 218а) због постојања легитимног циља (када је реч о таксативно наведеним најтежим кривичним делима уз испуњеност услова који се односи на наступање опасности по живот или тело лица или имовине великих размера). Одбрана има право на увид у списе предмета (члан 184 ст. 4, 5 ЗКПХ), а дозвољена су рестриктивна ограничења права ради

¹⁵⁴ Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10,85/10, 05/14

¹⁵⁵ Више о томе вид. Тадија Бубаловић, „Једнакост оружја“ и његова афирмација у оквиру права на одбрану (регионални и компаративни осврт)“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012, стр. 226 – 228.

¹⁵⁶ Детаљније о томе: Zlata Đurđević, „Rekonstrukcija, judicijalizacija, konstitucionalizacija, europeizacija hrvatskog kaznenog postupka“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 20, 2/13

¹⁵⁷ Š. Pavlović, стр. 465., 469 – 470.

¹⁵⁸ *Ibid.*, стр. 469.

заштите легитимних интереса (члан 184а ЗКПХ). Окривљени и бранилац имају право доказне иницијативе чије остваривање контролише суд (могућност налога судије истраге државном тужиоцу да спроведе доказну радњу) и право да им се омогући да присуствују тим доказним радњама, уз опцију да окривљени учествује на том рочишту путем “примене техничког уређаја за везу на даљину“ ако на то пристане, као и право на постављање питања (члан 234 ЗКПХ). Једнако је право државног одвјетника и одбране да предложи да се одржи контрадикторно судско доказно рочиште као и права учешћа на доказном рочишту (члан 235 – 238 ЗКП Хрватске).

У стадијуму расправе захтеви начела правичности (право на браниоца, изјашњавање оптуженика о оптужби, једнако право на подношење доказних предлога, право странака да предлажу и изводе доказе) суштински су упоредо постављени са захтевима начела истине које формално није утврђено међу основним начелима поступка, али произлази из основних правила о поступању суда на расправи („право суда да одлучи да изведе доказе који нису предложени или од којих су странке и бранилац одустали“, овлашћење суда да поставља питања сведоцима и вештацима).¹⁵⁹ У доказном поступку страначки се расправља о свим оним чињеницама које су по оцени како судатако и странака, „важне за правилно пресуђење“ (члан 418 став 1 ЗКПХ). Присутни су елементи страначког поступка (испитивање окривљеног од стране браниоца и тужиоца, примарна доказна иницијатива странака). Истовремено је ограничена доказна улога суда, јер је суд према члану 417 став 2 ЗКПХ овлашћен да постави питања оптуженом ради разјашњења („отклањање празнина, протурјечности или нејасноћа“), а примена инквизиторне максиме на расправи је само изузетак од правила страначког предлагања и извођења доказа. Странке, председник већа и чланови већа на расправи постављају подједнако и непосредно питања сведоку или вештаку.

Апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка о којој суд води рачуна по службеној дужности је заснивање пресуде на незаконитом доказу, те ако је тешко повређено право на правично суђење зајемчено Уставом и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (члан 468 став 2 ЗКПХ). Недоводећи у питање значај поштовања права на правично суђење у кривичном поступку, постављало се питање оправданости овог жалбеног разлога, с обзиром на непрецизност повреде и надлежност Уставног суда (а не редовних судова) да оцени да ли се конкретан кривични поступак може у целини сматрати правичним.¹⁶⁰ Уставни суд Републике Хрватске, полазећи од праксе ЕСЉП, упућује на дужност судова да „омогуће окривљенику да износи доказе којима би поткријепио своје наводе, а поготову оне од којих овиси одлука о његовој кривици“, на делотворно право на правично суђење које подразумева стварно „саслушање“ „захтјева и очитовања странака“, тј. њихово прописно испитивање од стране суда, на поштовање начела равноправности странака које према пракси ЕСЉП „придаје значајну важност вањском дојму и повећаној осјетљивости јавности за поштено провођење правде“.¹⁶¹

¹⁵⁹ Елизабета Ивичевић Карас описује однос начела као „балансирање захтева начела“. О томе: Е. Ивичевић Карас, „Нека питања уређења расправе у хрватском казненом поступку – нормативни оквир и пракса“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2015, стр. 100

¹⁶⁰ Z. Đurđević (2013), стр. 345 – 346.

¹⁶¹ Из Odluke USRH, U – III – 2160/2011 od 9. svibnja 2013. godine. Цитирано према: Т. Bubalović, *Pravni lijekovi u kaznenom postupku (teorija, legislativa, praksa)*, Zagreb 2018, стр. 324.

2.4.4. Северна Македонија

Значајан мотив за реформу кривичног поступка у Северној Македонији је усклађивање законодавства са меѓународним стандардима људских права. Законодавац се, руководећи се овим циљем, определио да имплементира адверзијалне основе у кривични поступак. Замењена је истражна максима, дужност суда да свестрано разгледа и расправи предмет поступка поступајући по властитој иницијативи и нарочито да утврди истину, пасивним судом у домену доказне иницијативе и извођења доказа. Преображај правила кривичног поступка конкретно је одраз две тежње, ка већој непристрасности суда и битном убрзању поступка.¹⁶²

Задржани елементи континентално – европског поступка су једно од основних начела Закона о кривичном поступку Републике Северне Македоније¹⁶³ – начело објективности суда и других државних органа који учествују у кривичном поступку у погледу испитивања и утврђивања чињеница (члан 15 ЗКП СМ), као и истовремено постојање два инструмената за обезбеђење права на правично суђење, обавезне одбране и сиромашког права.

Право оптуженог на правично суђење у законској дефиницији из члана 5 ЗКП СМ одређено је захтевима: 1. права на правично суђење у целости; 2. права на јавно суђење; 2. права на независан и непристрасан суд; 3. права оптуженог на контрадикторан поступак ради оспоравања оптужби и предлагања и извођења доказа у своју одбрану. Засебно се регулишу претпоставка невиности (члан 2 ЗКП СМ), право на суђење у разумном року (члан 6 ЗКП СМ), законитост доказа (члан 12 ЗКП СМ), поуке о правима ради спречавања стављања окривљеног у неповољнији положај због незнања (члан 14 ЗКП СМ), дужност суда и других државних органа да образложе одлуке које доносе (члан 16 став 2 ЗКП СМ). Начело једнакости „оружја“ формално се не издваја у оквиру права на правично суђење, али коментатори упућују да се у савременом поступку сматра да „могућност за једнако надметање супротстављених страна пред непристрасним доносиоцем одлука“ нуде елементи контрадикторности, који омогућавају извештајан степен процесне контроле странака, и гаранције непристрасности доприносећи правичном поступку у целости.¹⁶⁴ Дефинишу га забраном да се поступак „уреди и води тако да дође до неоправдане дискриминације међу странкама“.¹⁶⁵ Контрадикторно тестирање веродостојности доказа сматра се да је срж правичног поступка. Уједно је гаранција правично вођеног поступка и циља кривичног поступка да нико невин не буде осуђен и да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима предвиђеним у кривичном закону из члана 1 став 1 ЗКП СМ¹⁶⁶.

¹⁶² Гордан Калаџијев, Гордана Лажетић – Бужаровска, „Убрзање поступка као један од циљева реформе кривичног поступка у Републици Македонији“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2013, стр. 105

¹⁶³ Закон за кривичната постапка – ЗКП СМ, *Сл. Весник* на РМ, бр.150/2010 од 18.11.2010. година, измени *Сл. Весник* на РМ, бр.100/2012 од 6.8.2012 година, бр. 142/2016 од 1.8.2016 година; Одлука на Уставниот суд на Република Македонија, У.бр.2/2016 од 28.9.2016 година(*Сл. Весник* на РМ 193/2016 од 18.10. 2016. година); *Сл. Весник* на РМ, бр. 198/2018 од 31.10.2018. година

¹⁶⁴ Г. Калаџијев *et al.*, *Коментар на законот за кривичната постапка*, ОБСЕ, Скопје 2018, стр. 38 – 39.

¹⁶⁵ *Ibid.*, стр. 42.

¹⁶⁶ Начело истине се не предвиђа меѓу основним начелима кривичног поступка, али усмереност истини имплицитно садрже поједина правила. Тако на пример законодавац начелно утврђује надлежност председника већа да контролише начин и редослед испитивања сведока и вештака и извођење доказа узимајући у обзир ефикасност, економичност поступка, али и потребу утврђивања истине (члан 385 став 1 ЗКП СМ).

Законом се утврђује начело законитости и сразмерности (члан 3 ЗКП СМ) за дозвољена ограничења слобода и права окривљеног. Ограничења морају да буду сразмерна тежини кривичног дела и степену сумње, у мери у којој је то неопходно и под условима предвиђеним Уставом, ратификованим међународним уговорима и Законом о казненем поступку.

У Македонији је судска формална истрага у којој су странке осим права на предлагање истражних радњи имале право да присуствују истражним радњама и да активно учествују у њиховом извођењу¹⁶⁷, потпуно замењена јавнотужилачком неформалном истрагом чији резултати имају ограничену доказну вредност и могућношћу спровођења истраге одбране. Резултати јавнотужилачке истраге изузетно рестриктивно се користе као доказ на суђењу, а искази окривљених и сведока употребљавају се као средство за проверавање доказа изведених на главној расправи.¹⁶⁸ Основни приговор у погледу остваривања начела једнакости „оружја“ и стандарда права на одбрану је што није утврђена дужност јавног тужиоца да осумњиченог обавести да је против њега покренута истрага. Информисање о покретању истраге и истрази зависи од јавног тужиоца и његове тактике истраге (када ће саслушати осумњиченог) и да ли се у конкретном случају трага за осумњиченим. Једина дужност јавног тужиоца је да *пре завршетка истраге саслуша осумњиченог* (члан 302 став 2 ЗКП СМ), као и да по завршетку истраге обавести осумњиченог о кратком опису дела и правној квалификацији (члан 302 став 3 ЗКП СМ). Осумњичени нема право на правни лек против одлуке тужиоца да покрене истрагу, али ни ефективну могућност да учествује у истрази предлагањем доказа и прикупљањем доказа и података у корист одбране. Тек након завршене истраге (која се може покренути у тајности и у погледу појединих истраживања спровести у тајности), одбрани је гарантовано право на увид у тужилачке доказе.¹⁶⁹ Ограничена могућност одбране да учествује у тужилачкој истрази у вези је са ограниченом могућношћу браниоца да изврши увид у списе у тужилаштву и да тражи преписе записника и других списа о радњама којима је одбрана имала право да присуствује (члан 79 став 2 ЗКП СМ).

Током истраге, у складу са начелом објективности, јавни тужилац дужан је да прикупља доказе које иду на штету окривљеног и на његову корист (члан 291 став 4 ЗКП СМ). Осим права одбране на преглед записника и доказа из истраге, те права на састављање преписа након завршене истраге, утврђена је дужности јавног тужиоца да након завршене истраге упозна одбрану са доказима против окривљеног, као и његова дужност да одбрани обелодани доказе које је током истраге сазнао а могу да буду корисни за одбрану (члан 302 ст. 3, 5 ЗКП СМ). Могућност предузимања активности у оквиру истраге одбране, која се сматра гаранцијом начела једнакости „оружја“ и примењује током кривичног поступка у целини, следи и из права одбране да достави јавном тужиоцу исправе или друге доказе, записе о радњама одбране, за чије остваривање је предвиђен инструктиван рок од 15 дана од

¹⁶⁷ О томе: Никола Матовски, Г. Лажетиќ – Бужаровска, Г. Калацијев, *Казнено процесно право*, второ изменето и дополнето издание, Скопје 2011, стр. 279 – 280.

¹⁶⁸ Суштина овог вида јавнотужилачке истраге је “доказна вредност резултата истраге на суђењу” – крајње рестриктивно коришћење доказа из истраге на суђењу (коришћење исказа сведока у случају недоступности сведока и исказа изведених на доказном рочишту). Вид. Н. Матовски, „Концепт истраге и македонски кривични поступак“, *Ревија за криминологију и кривично право* 1/2014, стр. 37.

¹⁶⁹ Уочава се да су разлози истицани у прилог тајности истраге „спречавање бекства окривљеног, скривања доказа, утицаја на сведоке“, избегавање „непотребних узнемиравања осумњиченог“, али и да су случајеви тајности у пракси ретки, ако се имају у виду ситуације у којима је искључена тајност (нпр. притворски предмети). О томе: G. Kalajdziev et al., *Effective defence in criminal proceedings in the Republic of Macedonia* (eds. Dance Danilovska – Bajdevska, Nada Naumovska), Foundation open society – Macedonia, Скопје 2014, стр. 32.

пријема обавештења. О овом праву поучава се осумњичени након завршене истраге (члан 302 став 4 ЗКП СМ). Одбрана има алтернативно право да тражи од јавног тужиоца да прикупи одређене доказе у корист одбране. Ако се уважи захтев за испитивање сведока у корист одбране, одбрана има право да присуствује испитивању и да поставља питања. У кривично процесној теорији се закључује да су управо откривање доказа по завршетку истраге и могућност спровођења истрага одбране (прикупљање доказа од стране одбране – мере ради проналажења и прикупљања доказа у корист одбране из члана 306 став 1 ЗКП СМ) резултат тога што је окривљени изгубио ранијег „важног савезника за прикупљање доказа“ – суд.¹⁷⁰

По изузетку од правила да се докази не изводе током истраге, на доказном рочишту (чл. 312 – 318 ЗКП СМ) изводе се докази у циљу хитног обезбеђења доказа, заштите сведока и обезбеђења веродостојног исказа сведока. На овим доказима може се заснивати пресуда, због чега се на рочишту примењују правила за извођење доказа на главној расправи и гаранције начела једнакости „оружја“. Коришћење доказа против окривљеног дозвољено је само ако је бранилац окривљеног био присутан током извођења тог доказа, осим ако се осумњичени изричито одрекао права на браниоца (члан 318 ЗКП СМ). Најважнија заштитна гаранција једнаке делотворне расправе у вези извођења доказа и преиспитивања веродостојности доказа је да ће у случају да на рочиште не дође бранилац, судија да именује другог браниоца окривљеном. Рочиште се одржава на основу одлуке судије за претходни поступак донете током претходног поступка, једнако по захтеву осумњиченог или јавног тужиоца. На рочиште се позивају странак, бранилац и оштећени. Уколико се осумњичени не појави и не оправда своје одсуство, судија може да нареди да се принудно доведе на рочиште.

Централни стадијум поступка је главна расправа на којој се први пут изводе страначки докази. У темељној реформи законодавства следио се највише италијански модел поступка, који карактеришу адверзијални елементи, елиминисање доказне улоге суда, јачање начела правичности, акценат на начелу једнакости „оружја“ и контрадикторности. Адверзијални елементи су гаранције непристрасности суда у виду недостављања председнику већа целокупних списа из истраге, већ оптужнице са клаузулом о одобравању или одлуком о основаности оптужнице и листом страначких доказа, као и материјалним доказима, те први контакт председника већа са доказима (осим материјалних доказа који се достављају уз оптужницу) током доказног поступка приликом њиховог извођења¹⁷¹. Улога суда на главној расправи је одлучивање о доказним предлозима, дозвољености постављених питања, обезбеђивање правичности испитивања и изузетно извођење доказа.¹⁷² Интервенција суда у страначко извођење доказа испитивањем сведока, вештака и техничког саветника, примењује се по завршетку страначког испитивања и лимитирана је на разјашњење чињеница које су биле предмет основног и унакрсног испитивања. Последица битно сужене улоге суда у извођењу доказа и одсуства начелне дужности суда да утврди истину је немогућност изјављивања жалбе због непотпуно утврђеног чињеничног стања. Жалбени основ је погрешно утврђено чињенично стање (члан 414 став 1 тачка 2 ЗКП СМ).

¹⁷⁰ Више о томе: *Ibid.*, стр. 29 – 30.

¹⁷¹ Ово је важно због „„неконтаминираности““ сазнања из претходних стадијума“ што се сматра претњом по непристрасност и објективност „у току главне расправе и приликом доношења крајње судске одлуке у вези кривице и кривичне санкције“. Г. Лажетић – Бужаровска, „Оптужење у кривичном поступку (законска решења и практична искуства у њиховој примени у ЗКП Македоније), *Ревивија за криминологију и кривично право* 3/2014, стр. 121

¹⁷² G. Lazetic – Buzarovska, G. Kalajdziev, “Reform of the Criminal Procedure in the Republic of Macedonia”, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 1, 1/2010, стр. 9 – 11

Елементи страначког поступка су могућност састанака странака у канцеларији судије у фази припрема за главну расправу ради објашњавања доказних предлога, њихове релевантности и образлагања примедба на доказне предлоге; обавеза за одбрану да до почетка главног претреса поднесе листу доказа одбране, те преклузија у погледу доказних предлога након контроле оптужнице (осим, по одобрењу суда, доказа у погледу дискредитације сведока и вештака); структура главне расправе; доношење пресуде на основу признања на главној расправи; страначко извођење доказа, основно, унакрсно и допунско испитивање и правила о унакрсном испитивању (правило везано испитивање уз могућност постављања питања мимо предмета основног испитивања у случају да је то неопходно за оцену кредибилитета исказа); опција да се окривљени на главној расправи саслуша као сведок по предлогу браниоца или захтеву окривљеног (ако окривљени нема браниоца), уз неполагање заклетве и одуство дужности да говори истину и одговара на постављена питања; технички саветници странака који имају значај за пружање помоћи у прикупљању података о стручним питањима (истраге одбране) и преиспитивање вештачења; примарно регистровање тока главне расправе визуелно – тонским снимањем.

У доктрини се запажа да је назив централног стадијума кривичног поступка „главна расправа“ уместо „главни претрес“ „последича тенденције која наглашава страначку активност у односу на непосредно извођење доказа“¹⁷³ Једна од главних инструмената начела правичности и једнакости „оружја“ су доказна правила – забрана тужиоцу да износи чињеницу о претходној осуђиваности оптуженог, одлучивање суда о дозвољености постављеног питања и основаности приговора, правило у односу на „непријатељског сведока“, правило о одбијању извођења доказа.¹⁷⁴

2.4.5. Словенија

Закон о кривичном поступку Републике Словеније има дугу традицију, од септембра 1994. године¹⁷⁵, иако је имао многе новеле.¹⁷⁶ Основа уређења кривичног поступка наслеђена је из југословенског кривично процесног законодавства, Закона о кривичном поступку СФРЈ од 1976. године, који је прихватио мешовити модел кривичног поступка. Реформа ранијег југословенског законодавства ишла је у правцу постизања активније улоге државног тужиоца у преткривичном поступку, али и заштите основних људских права у кривичном поступку, јачања процесних права окривљеног, нарочито положаја осумњиченог у преткривичном поступку, пре започињања судске истраге. Формално је задржано начело истине – дужност суда и државних органа који учествују у кривичном поступку да истинито и у потпуности утврде чињенице важне за доношење законите одлуке (члан 17 став 1 ЗКПС), како на терет тако и у корист окривљеног (члан 17 став 2 ЗКПС). Кривични поступак је усмерен на „активно откривање истине од стране судије, што је изражено у начелу тражења материјалне

¹⁷³ О томе детаљније: Г. Лазетић – Бужаровска, Г. Калађијев, „Главна расправа према ЗКП Македоније (теорија и пракса)“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2015, стр. 114 – 115.

¹⁷⁴ Више о томе: *Ibid.*, стр. 120

¹⁷⁵ *Zakon o kazenskem postopku, Uradni list Republike Slovenije* br. 63-2168/94

¹⁷⁶ *Zakon o kazenskem postopku, Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečišćeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US, 66/17 – ORZKP153,154, 22/19, 55/20 – odl. US in 89/20 – odl. US*

истине уз овлашћење судије да предлаже и изводи доказе („истражна максима“).¹⁷⁷ Најзначајније новине, законским изменама имплементирани инструменти унапређења ефикасности поступка, пре свега су елементи адверзијалног поступка и поједине поједностављене форме поступања (преговори и споразум о признању кривице, претпретресно рочиште, казнени налог).

Начело правичности није формално издвојено као темељно начело. Ипак, темељна начела садрже захтеве, аспекте и компоненте права на правично суђење. Изричито је формусан принцип једнакости странака. Извире из уставне гаранције пружања једнаке заштите права у поступку пред судом (члан 22 Устава Републике Словеније).¹⁷⁸ Окривљени и тужилац имају статус равноправних странака, ако законом није другачије предвиђено (члан 16 став 1 ЗКПС). Начело се одређује посредно, начелом контрадикторности¹⁷⁹, конкретизованим правом оптуженог да износи чињенице и предлаже доказе у своју корист, које може да утиче на његов положај (члан 16 став 3 ЗКПС). Уставом су окривљеном гарантована потпуно једнака права: 1. право да има довољно времена и средстава за припрему одбране; 2. право на суђење у присуству; 3. право да се брани сам или са браниоцем; 4. право на извођење доказа у његову корист; 5. привилегија да није дужан да оптужи себе или своје ближње, право да не призна кривицу (члан 29 УРС).

Осумњичени лишен слободе има право на информисање о разлозима лишења слободе, право на обавезне поуке о правима, право на изабраног браниоца, право да захтева да му браниоца постави полиција о трошку државе ако је то у интересу правичности (члан 4 ЗКПС). Окривљеном је гарантована претпоставка невиности (члан 3 ЗКПС), право на одбрану ћутањем и привилегија против самоинкриминисања (члан 5 став 3 ЗКПС), забрана изнуђивања признања или друге изјаве (члан 11 ЗКПС), право на спровођење суђења без одлагања (члан 15 ЗКПС). Издвојена су основна права окривљеног на одбрану.¹⁸⁰ Закон о бесплатној правној помоћи¹⁸¹ примењује се и на заштиту од оптужби у кривичним предметима пред утврђеним домаћим и међународним судовима (члан 1 став 2 ЗБПП). Бесплатна правна помоћ сиромашном окривљеном у циљу је поштовања принципа равноправности у остваривању права на судску заштиту односно једнаког приступа правди. Одлуку по захтеву за пружање бесплатне правне помоћи доноси надлежни суд.

Истрага је део претходног поступка. Истрага у којој је истражни судија *dominus litis* одолела је упркос захтевима за реформу и раду на реформисању поступка и прихватању

¹⁷⁷ Katja Šugman Stubbs, „Slovenija: Razvoj slovenskega kezenskega postopka od osamosvojitve do danes“, *Strukturne spremembe zakonskega postopka* (ur. Alenka Šelih, Primož Gorkeč), Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2015, стр. 59.

¹⁷⁸ *Uradni list RS*, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a

¹⁷⁹ Одлука Уставног суда Републике Словеније št. Up-32/01-22, dne 13. marca 2003., доступно на <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/2003-01-1267/odlocba-o-razveljavitvi-sklepa-vrhovnega-sodisca-rs-st-iv-ips-1262000>, приступљено 29. октобра 2020.

¹⁸⁰ Пре свега, посебно право на информисаност о оптужби и разлозима оптужбе, да му се пружи прилика да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете и да изнесе све чињенице и доказе у своју корист (члан 5 став 1 и 2 ЗКПС), право на употребу свог језика, право на превођење и на бесплатног преводиоца, право на тумачење и бесплатног тумача (члан 8 ЗКПС), право окривљеног да се брани сам или уз стручну помоћ браниоца (члан 12 став 1 ЗКПС), обавезна одбрана (члан 12 став 2, члан 70 ЗКПС), право на довољно времена и могућности за припрему одбране (члан 12 став 4 ЗКПС), право на поуке (члан 14 ЗКПС).

¹⁸¹ *Zakon o brezplačni pravni pomoči – ZBPP*, *Uradni list RS*, št. 96/04 – uradno prečišćeno besedilo, 23/08, 15/14 – odl. US in 19/15

јавно – тужилачке истраге у свим осталим државама насталим на тлу некадашње Југославије. Најважнији уочени практични проблеми овог модела истраге су дужина трајања истраге, склоност државног тужиоца ка аутоматском упућивању предмета на истрагу уместо непосредног оптужења¹⁸² и пасивност државног тужиоца и одбране¹⁸³. Једна од основних правнотеоријских и концепцијских примедба модела судске истраге је случај сједињавања у судији неспојивих, конкурентских, контрадикторних улога „истражитеља и непристрасних чувара права оних које истражују“.¹⁸⁴ Овај „непремостиви унутрашњи раскол“ огледа се у томе да је „за истражитеља природно да жели да зна и неразумно је очекивати да се у томе ограничи“.¹⁸⁵

С друге стране, основне предности истраге коју води истражни судија издвајају се управо из домена права на правично суђење у целости, права на одбрану и могућности прикупљања и извођења доказа у корист одбране. Закључује се да је „већи степен једнакости оружја између браниоца и државног тужиоца, веће могућности за браниоца да има активну улогу“, „већа права осумњиченог него у полицијској истрази“, изражена транспарентност, те да је уређена контрола одлука истражног судије у случају одбијања захтева одбране.¹⁸⁶

Осим у случајевима могућности непосредног оптужења (члан 170 ЗКПС)¹⁸⁷, државни тужилац захтева покретање истраге од истражног судије, износећи доказе о постојању основане сумње у односу на кривично дело које је предмет захтева и одређено лице против кога је поднет захтев. О покретању истраге одлучује истражни судија или ванпретресно веће, ако се истражни судија не слаже са захтевом државног тужиоца. Пре доношења решења о спровођењу истраге, осим у законом признатим изузецима (опасност од одлагања, оцена да саслушање није нужно ако је осумњичени саслушан у преткривичном поступку у полицији по правилима за саслушање осумњиченог), истражни судија дужан је да саслуша осумњиченог (члан 169 став 2 ЗКПС). Против решења о спровођењу истраге, дозвољена је жалба одбране. Примедбе се приписују примећеним појавама у пракси, које нису засноване на закону, да истражни судија који јача свест „да је још увек истраживач, али уједно и судија гарант“ неформалним путем утиче на опис дела из садржаја захтева за спровођење истраге.¹⁸⁸ Овим се доприноси да окривљени има јасну и прецизну информацију шта му се ставља на терет, али доводи се у питање поштовање начела акузаторности и равноправност странака пред истражним судијом, иако су у истрази, од тренутка доношења решења о спровођењу истраге, утврђени елементи контрадикторности.

Истражни судија предузима истражне радње по предлогу странака, али задржава и традиционалну истражну улогу да активно, по службеној дужности, спроводи истражне

¹⁸² К. Шугман Стубс, „Словеначко кривично процесно законодавство и концепт истраге“, *Ревуја за криминологију и кривично право* 1/2014, стр. 61.

¹⁸³ Звонко Фишер, „Тужилачка искуства у спровођењу истраге у Словенији“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2012, стр. 132.

¹⁸⁴ Richard Vogler, „Reform Trends in Criminal Justice: Spain, France and England & Wales“, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, 3/2005, стр. 633.

¹⁸⁵ К. Šugman Stubbs (2015), стр. 70.

¹⁸⁶ Peter J. P. Tak, „The Dutch Prosecutor: A Prosecuting and Sentencing Officer“, *The Prosecutor in Transnational Perspective* (eds. Erik Luna, Marianne L. Wade), Oxford University Press, Oxford 2012, стр. 142.

¹⁸⁷ По предлогу државног тужиоца и уз сагласност истражног судије (за кривична дела за која је прописана казна затвора преко осам година) и без сагласности истражног судије ако државни тужилац сматра да је истрага непотребна (за кривична дела за која је прописана казна затвора до осам година).

¹⁸⁸ З. Фишер (2012), стр. 130.

радње које сматра да су неопходне да би се поступак успешно водио (члан 176 ЗКПС). Законом се обезбеђује и у фази истраге процесна равноправност странака. Одбрана има права учешћа у истрази: право присуствовања истражним радњама (право на присуство саслушању сведока и вештака из члана 178 став 4 и 2 ЗКПС, право на присуство увиђају из члана 178 став 2 ЗКП), права на постављање питања и на коментаре (члан 178 став 7 ЗКПС). Уједно, истражни судија одлучује о предлозима странака и браниоца о предузимању појединачних истражних радњи (члан 177 став 1 ЗКПС). У случају неслагања са предлогом, формално не одбија доказни предлог странака, већ изражава неслагање са предлогом о којем одлучује ванпретресног веће. Право на предлагање доказа подједнако се односи на странке и једнаки су услови за остваривање права. Странке имају једнако право да докажу да је нека чињеница суштинска или бар релевантна у светлу материјалног права.¹⁸⁹ Међутим, полазећи управо од начела истине, у решавању „сукоба“ одбране и суда изражена је материјална надмоћ суда над предметом доказивања и извођењем доказа.¹⁹⁰

Новина у кривичном поступку је контрадикторно претпретресно рочиште након испитивања оптужнице. Елементи страначког поступка и уједно значај и циљ рочишта огледају се у могућности окривљеног да на рочишту призна кривицу и да се признањем оконча кривични поступак,¹⁹¹ издвајању незаконитих доказа и спорних чињеничних и правних питања пре почетка главног претреса, страначкој доказној иницијативи, дужности странака да обелодане доказе ако није било истраге. Предмет доказивања на главном претресу су све чињенице за које суд сматра да су важне за правилно пресуђење (члан 329 став 2 ЗКПС). Странке имају једнако процесно право да до завршетка главног претреса предлажу да се истраже нове чињенице, да поднесу нове доказе, као и право да понове предлоге који су раније одбијени (члан 329 став 4 ЗКПС).

У жалбеном поступку јача страначка улога државног тужиоца, насупротив његовој улози државног органа који штити јавни интерес. Државни тужилац више нема право да прегледа списе и поднесе предлог или мишљење вишем суду о основаности жалбе. *Ratio legis* измене је оцена да „ова надлежност крши начело једнакости страна у жалбеном поступку.“¹⁹²

¹⁸⁹ Одлука Уставног суда Републике Словеније Št. U-I-27/95-9, dne 24. oktobra 1996, доступно на <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/1996-01-3663/odlocba-o-ugotovitvi-da-dolocba-177--clena-zakona-o-kazenskem-postopku-ni-v-neskladju-s-konvencijo-o-varstvu-clovekovih-pravic-in-temeljnih-svoboscin-in-z-ustavo>, приступљено 3. новембра 2020.

¹⁹⁰ Уставни суд Словеније обликовао је критеријуме о одлучивању суда о доказним предлозима одбране: 1. непостојање дужности суда да изведе сваки предложени доказ одбране; 2. предложени докази морају да буду правно релевантни; 3. правна релевантност предложених доказа мора бити утемељена на потребном степену вероватноће; 4. у случају сумње суд мора да изведе сваки доказни предлог у корист окривљеног ако није очигледно да докази не могу да буду успешни. Одлука Уставног суда Републике Словеније, Št. Ur-207/99, 4.7.2002., цит. према Primož Gorkič, „Iskanje resnice in razlaga ustavnih procesnih jamstev: vloga slovenskega ustavnega sodišča“, *Strukturne spremembe zakenskega postopka* (ur. Alenka Šelih, Primož Gorkič), Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2015, стр. 130.

¹⁹¹ Основни успех припремног рочишта сматра се скраћивање поступка на основу изјава о признању кривичног дела, те страначких договора, јер странкама се ставља у изглед како суђење може да се заврши, па је мотивација за договор велика. О томе: З. Фишер, „Државни тужилац као субјект скраћених и поједностављених кривичних поступака у Словенији“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013, стр. 98.

¹⁹² О томе: Primož Gorkič, „Pritožba zoper prvostopenjsko sodbo po noveli ZKP-K“, *Odvetik*, 57, 3/2012, стр. 21.

2.5. Теоријски приступ праву на правично суђење

Амерички професор права и криминолог Херберт Л. Пакер (*Herbert L. Packer*) правио је разлику између два вредносна система у кривичним поступцима, те сходно томе и два модела кривичног поступка. Према Пакеру, неке од основних карактеристика модела „*Crime Control*“ су репресија криминалног понашања као најважнија функција кривичног поступка (висок проценат лица лишених слободе и осуда), да чињенице могу брже да се утврде саслушањима у неформалним процедурама полиције, да претпоставка кривице (у смислу предвиђања исхода) омогућава ефикасност.¹⁹³ Насупрот томе, „*Due Process*“ модел одликују антиауторитарне вредности, правила за заштиту окривљених и заштитне гаранције интегритета поступка (надлежност, суђење у разумном року, забрана поновног суђења), анализа идеја једнакости у кривичном поступку, делотворна одбрана, адекватно заступање окривљеног, једнака прилика за све окривљене да преиспитују поступак.¹⁹⁴

У правној теорији правично суђење је захтев и облик правде у кривичном поступку. Начело правичности обухвата процедуралне захтеве упућене држави у току вођења поступка према окривљеном. Посматрано на интернационалном нивоу, правичност поступка је постала битнија за оцену кривичног правосуђа.¹⁹⁵ Право окривљеног и оштећеног на делотворан приступ правосуђу, те ниво заштите ових права у држави предмет су разматрања међународних институција. Запажа се да је „перцепција процедуралне правде (да ли је случај био третиран на правичан начин) значајнији фактор који одређује перцепцију легитимности институције у питању, него перцепција дистрибутивне правде (да ли је резултат случаја био фер?).“¹⁹⁶ У теоријском смислу, процедурална правда („*procedural justice*“) подразумева принципе које суд примењује и којима се руководи у односу према грађанима (партиципација, неутралност, поштовање и поверење).¹⁹⁷ Правда окренута резултату („*result – orientated justice*“), огледа се у тачним чињеницама и правилној примени права.¹⁹⁸

Савремена наука, истиче начело правичности као најважније начело, с обзиром на то да уобличава дејство свих других кривичнопроцесних начела, те да има веома изражен етички карактер.¹⁹⁹ Са аспекта примене закона, начела се могу дефинисати као „опште

¹⁹³ Herbert Paker, *The Limits of the Criminal Sanction*, First edition, Stanford University Press, Stanford 1968, стр. 158 – 163.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 166 – 169.

¹⁹⁵ Marck Findlay, „Internationalised Criminal Trial and Access to Justice“, *International Criminal Law Review* 2/2002, стр. 237 – 238.

¹⁹⁶ Eva Brems, Laurens Lavrysen, „Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights“, *Human Rights Quarterly*, Vol. 35, 1/2013, стр. 177.

¹⁹⁷ Вид.: *Ibid.*, стр. 180 – 182; Tom R. Tyler, „Procedural Justice and the Courts“, *Court Review: The Journal of the American Judges Association*, Vol. 44, Issue 1/2, стр. 30 – 31.

¹⁹⁸ Stefan Trechsel with the assistance of Sarah J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, стр. 83.

Према Јасни Омејец „поступак је «поштен» или «непоштен», а «правичан» или «неправичан» може да буде само исход поступка“, па се говори о „процесној поштености“ (*procedural fairness*) и „материјалној правичности“ (*substantive fairness*). Вид.: Јасна Омејец, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava: strasbourski acquis*, Novi informator, Zagreb 2013, стр. 1122. Појам процесне поштености помиње и Алан Узелац. Вид.: А. Узелац, „Pravo na pošteno suđenje: opći i građansko-pravni aspekti čl. 6 st. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ur. Ivana Radačić), Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, стр. 90.

¹⁹⁹ М. Шкулић (2020 а), стр. 88.

законске смернице за поступање како свих службених актера кривичне процедуре, тако и других субјеката поступка²⁰⁰.

Ефикасан кривични поступак треба да се постигне поједностављеним формама поступања које неће угрожавати захтеве правичности поступка у целини уз предвиђање појединих видова контроле поштовања основних права и слобода појединаца у кривичном поступку. У науци се препознаје однос супротстављености између интереса убрзања кривичне процедуре и поштовања свих права окривљеног у поступку. „Брзина је такав императив, којим се угрожава равноправност странака“ или се „сувише оскудно изводе докази и посебно, уколико се претвара у штетну брзоплетост, она може угрозити пре свега права оптуженог.“²⁰¹

Начело правичности има сложену и мешовиту структуру. Поред процедуралних, обухвата и етичке захтеве. Као неопходни стандарди се помињу појам „етика конфликта“, адверзијални поступак и ефективно учешће.²⁰²

Тешко је да се јасно и прецизно одреди опсег начела правичности. Право на правично суђење, поред општег права окривљеног да се против њега водиправичан поступак, обухватабројна експлицитна и имплицитна процесна права окривљеног. Општеформулисано страначко право оптуженог је „право на одбијање правног напада тужиоца“.²⁰³ Правично спроведен поступак подразумева општа права окривљеног: „омогућавање да изнесе свој случај, да се брани, да добије правну помоћ или довољно информација“.²⁰⁴ Осим тога, захтева могућност остваривања права окривљеног у конкретном кривичном поступку. У немачкој литератури наводи се да начело тражи „да се окривљеном отвори могућност делотворне одбране, а не да се деградира као објект поступка“, као и „правни слух за увођење ефективне правне заштите“.²⁰⁵ Тумачење општег захтева правичног суђења изискује обавезу да се утврдеи цене све околности конкретног случаја и то околности које се односе на овлашћеног тужиоца и окривљеног и услови у којима (не)остварују процесне радње у одређеном тренутку и током поступка у целини.

Ђурђић указује да садржину међународно правног стандарда права на правично суђењечине, „комплексна процесна правила којима се надомешта инфериоран положај окривљеног у односу на државне органе кривичне репресије“.²⁰⁶ Поменути аутор описује да правила чији је циљ да се омогући правично вођење поступка обухватају „правила којаосигуравају учеснике поступка од нелегитимне дискриминације, детерминишу суђење по ауторитативним правним стандардима, садрже заповест да се поступак у кривичним

²⁰⁰ М. Шкулић, „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/10, стр. 587.

²⁰¹ М. Шкулић, *Међународни кривични суд Надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, стр. 343.

²⁰² Koen Vriend, *Avoiding a Full Criminal Trial: Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, *International Criminal Justice Series*, vol. 8, The Hague 2016, стр. 265.

²⁰³ З. Мршевић (1982), стр. 123.

²⁰⁴ Margozata Wąsek – Wiaderek, стр. 4.

²⁰⁵ Uwe Hellmann, *Strafprozeßrecht*, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg 1998, стр. 3.

²⁰⁶ В. Ђурђић, „Законске гаранције права на правично суђење у кривичном поступку Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 70, Правни факултет у Нишу, Ниш 2015, стр. 373.

стварима мора водити пред органом с прерогативима самосталне и независне државне власти“.²⁰⁷

2.6. Право на правично суђење у пракси ЕСЉП

Предмет највећег броја представки због повреде Конвенције је кршење права на правично суђење. Судска пракса ЕСЉП пружа аутономно тумачење појма права на правично суђење. Захтеви правичног суђења из члана 6 става 1 Конвенције најстрожи су у сфери кривичног права.²⁰⁸ Указује на елементе начела правичности путем утврђивања да ли постоји његова повреда у конкретном случају тумачећи Конвенцију. Ценећи да ли постоји повреда одредбе члана 6 Конвенције у појединачном, конкретном случају, Суд наводи, а затим примењује начеларазвијена у пракси, која представљају уједно њено тумачење. Користи се и термин правично управљање правдом („*fair administration of justice*“), односно његова негација, грешке у спровођењу правде („*miscarriages of justice*“).

У појединим случајевима (нпр. оценауз помоћ три теста да ли постоји повреда Конвенције у случају коришћења непреиспитаних исказа сведока), ЕСЉП показује спремност да формулише опште теорије. Међутим, упркос проналажењу у ставовима извесне опште теорије, примењује се да је Суд начелно „избегавао набрајање општих критеријума“ процењујући у сваком појединачном случају „ток поступка како би одлучио да ли је суђење било фер.“²⁰⁹

Уопштено „право на правично суђење има истакнуто место у демократском друштву тако да се не може правдати рестриктивно тумачење гаранција члана 6 став 1 Конвенције“.²¹⁰ У примени Конвенције, запажају се различите технике тумачења и то пре свега утврђивање „циља и сврхе“, ређе уобичајног значења, с обзиром да гарантује „практична и ефективна права“.²¹¹

Европски суд за људска права не посматра захтеве за остваривање права на правично суђење у нефлексибилном, строгом смислу. Судска пракса признаје постојање других легитимних интереса. Почива на идеји успостављања равнотеже легитимних интереса. Потреба за експедитивношћу кривичног поступка није *a priori* у супротности са правом на правично суђење.²¹² Европски суд за људска права осим права на одбрану има у виду

²⁰⁷ В. Ђурђић, „Начела кривичног процесног права и Устав Републике Србије“, *Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, XLIV редовно годишње саветовање, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, Београд 2007, стр. 262.

²⁰⁸ *Jussila v. Finland*, ECtHR, App. no. 73053/01, 23 November 2006, para 40

²⁰⁹ Tom Barkhuysen *et al.*, „Right to a Fair Trial“, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (eds. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Ajren van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland 2018, стр. 561.

²¹⁰ *Gregačević v. Croatia*, ECtHR, App. no. 58331/09, 10 October 2012, para 49

²¹¹ Ryan Goss, *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, London 2014, стр. 19–28.

²¹² Суд признаје да „постојање и коришћење експедитивних поступака у кривичним стварима није само по себи у супротности са чланом 6 Конвенције све док оне пружају неопходне заштитне механизме (*saveguards*) и гаранције садржане у њима“. *Borisova v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 56891/00, 21 December 2006, final on 21 March 2007, para 40

интерес јавности и жртава да се за кривично дело одговарајуће гони те, када је то неопходно, и права сведока.²¹³

2.6.1. Унутрашња структура члана 6 ЕКЉП

Структура члана 6 Конвенције је комплексна. У литератури која анализира праксу ЕСЉП истиче се да се захтеви гаранција правичног суђења из члана 6 став 1 Конвенције у основи комбинују и да могу бити „организациони (законит, независтан и непристрасан судија) и процедурални (једнакост оружја, јавност, разуман рок)“.²¹⁴

Из члана 6 ЕКЉП произилазе две компоненте права на правично суђење: „Општа, која се односи на све поступке и посебна, која се односи на права окривљеног“.²¹⁵ Општа компонента садржана је у одредби члана 6 став 1 Конвенције. Током одлучивања о кривичној оптужби обухвата право направичну и јавну расправу (*fair and public hearing*) у разумном року (*reasonable time*) пред независним и непристрасним судом (*independent and impartial tribunal*), образованим на основу закона (*established by law*) као и право на јавно изрицање пресуде (*public pronouncement of judgments*). Конвенција у члану 6 став 1 садржи изричито ограничење права на јавно суђење. Штампана и јавност могу да се искључе са целог суђења или његовог дела 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.

Узелац издваја елементе права на „поштено (правично, *fair*)“ суђење, узимајући у обзир судску праксу, систематику из савремених коментара и доктринарних тумачења: „право на приступ суду (*access to court*), право на јавно суђење (*public hearing*), право на јавну објаву пресуда (*public pronouncement of judgments*), право на саслушање (*fair hearing*), право на ефективно спровођење пресуда (*effective enforcement*) и право на правну сигурност (*legal certainty*)“.²¹⁶ Ђурђић издваја опште конститутивне елементе појма правичног поступка: „1. право странака да присуствују радњама и да буду саслушане, 2. право на једнакост оружја, 3. забрана незаконитих доказа и 4. обавезно образложење судских одлука“.²¹⁷

Посебна компонента је специфична примена члана 6 став 1 Конвенције. Односи се на претпоставку невиности²¹⁸ из члана 6 став 2 Конвенције и на минимална права на одбрану, изричита јемства из члана 6 став 3 Конвенције: право на информисаност (о природи и разлозима оптужбе), право на припремање одбране (довољно времена и могућности за припремање одбране), право окривљеног да се брани сам или уз стручну помоћ браниоца (кога сам изабере или кога добије бесплатно), право на испитивање сведока оптужбе („сведока против себе“) или да постигне да се они испитају и право да обезбеди присуство и

²¹³ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 101

²¹⁴ Coral Arangüena Fanego, „Initial Approach to the Right to a Fair Trial and to the Demands of Article 6.1 ECHR, in particular, the Right of Access to a Court (Art. 6 ECHR)“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012, стр. 154.

²¹⁵ S. Trechsel, стр. 85.

²¹⁶ Alan Uzelac, стр. 90.

²¹⁷ В. Ђурђић (2015 а), стр. 375.

²¹⁸ За разлику од Конвенције, Повеља ЕУ о основним правима, под насловом *Правда*, претпоставку невиности и права на одбрану, засебно, мимо права на правично суђење, јемчи у члану 48 став 1 Повеље.

испитивање сведока одбране („сведока у његову корист“) под једнаким условима који важе за сведоке оптужбе, као и право на бесплатну помоћ преводиоца.

Најопштије се одређује да основна, појединачна права на одбрану омогућавају реализацију „права окривљеног на поштену прилику да се одбрани од државних оптужби“.²¹⁹ Појединачна права на одбрану су међународно признати, гарантовани и заштићени елементи општег права окривљеног на одбрану,²²⁰ у блиској вези са правом на правично суђење у целисти.

Посебна конвенцијска права окривљеног су неограничавајућа, у смислу неискључивања других права окривљеног. Европска Комисија за људска права истакла је да члан 6 став 3 Конвенције само илуструје минималне гаранције које се оптуженом морају дати у контексту "правичног суђења" из члана 6 став 1 Конвенције.²²¹ Описују се и као примери појма правичног суђења, који се односе на типичне процесне ситуације, али се додаје да је њихов суштински циљ ипак да осигурају или да допринесу осигурању правичности кривичног поступка у целини.²²² Одсуство повреда минималних права окривљеног, не значи и да се не може уочити повреда права на правично суђење у целини у смислу члана 6 става 1 Конвенције. Ако се схвати да минимална права окривљеног имају егземпларни карактер, произлази да је логичан закључак Суда да ако се установи повреда члана 6 став 1 Конвенције, нема потребе да се даље испитује повреда става 2 и 3 истог члана.²²³ У пракси се ипак могу уочити и различити ставови Суда у погледу односа између ставова члана 6, које ћемо укратко изложити током разматрања начела једнакости „оружја“.

Рајан Гос (*Ryan Goss*), из унутрашње структуре члана 6 ЕСЈП, према пракси ЕСЈП, издваја прећутна права: „право на адверзијални поступак; право на присуство, учествовање на расправи; једнакост оружја; право на ћутање и привилегија против самоинкриминације; право на правну помоћ током претходног поступка; право у неким или свим околностима да се не користе докази који су прибављени мучењем или нехуманим или понижавајућим поступањем, навођењем (подстрекавањем) или обманом и право на образложење.“²²⁴ Право на одбрану ћутањем (*right to remain silent*) и привилегија против самоинкриминације (*privilege against self – incrimination*) су „опште признати међународни стандарди који леже у срцу појма правичног поступка.“²²⁵

²¹⁹ Вид.: Г. Калацијев *et al.*, стр. 41.

²²⁰ Опште право на одбрану дефинише се као: „право окривљеног које доминантно одређује његов процесни положај, сходно коме он има право да се у поступку супротставља наводима тужиоца, да негира оптужне наводе, те развија процесну активност у складу са својим страначким интересом, као и да предузима све процесне радње којима побољшава свој положај у поступку, односно утиче на процесну модификацију тог положаја“. М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, стр. 360.

²²¹ *Gustav Adolf against Austria*, EComHR, 8269/78, 8 October 1980, p. 64.

²²² Vladimir Tochilovsky, *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts – Procedure and Human Rights Aspects*, Cambridge – Antwerp – Portland 2014, стр. 444.

²²³ *Deweert v. Belgium*, ECtHR, App. no. 6903/75, 27 February 1980, para 56

²²⁴ R. Goss, стр. 90 – 91.

²²⁵ *John Murray v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 18731/91, Grand Chamber, 8 February 1996, para 45

У ранијој пресуди *Funke v. France*, ECtHR, App. no. 10828/84, 25 February 1993, para 44, наводи се: „Посебне карактеристике царинског права не могу оправдати такво кршење права било ког "оптуженог за кривично дело“, у оквиру аутономног значења овог израза у члану 6, да се брани ћутањем и да не допринесе сопственом инкриминисању“.

Постоји могућност одрицања од неких елемената права на поштено суђење и ограничења („*релативно заштићена дерогабилна права*“)²²⁶. Одрицање од права на правично суђење треба да буде: 1. *вољно* (изричито или прећутно); 2. *недвосмислено* 3. *праћено минималним заштитним мерама* које су сразмерне важности права.²²⁷ У погледу ограничења и смањења права примењују се следећи услови: 1. *предвиђеност у закону*; 2. *тежња легитимном циљу*; 3. *разумна сразмерности* између коришћених средстава и циља који жели да се постигне (поштовање суштине права).²²⁸

2.6.2. Утврђивање повреде члана 6 Конвенције

На почетку излагања потребно је истаћи два полазна тумачања везана за члан 6 Конвенције, која суповезана саулогом и надлежности ЕСЉП и истичу се као принципи Суда: 1. *функција Суда није да се бави чињеничним или правним грешкама* које је наводно учинио национални суд, *осим ако су довеле до повреде права заштићеног Конвенцијом*; 2. *нису прописана никаква правила о прихватљивости доказана основу члана 6 Конвенције*.²²⁹ Европски суд за људска права *цени да ли је поступак у целини, начин на који су докази прибављени, био правичан*, што укључује оцену „незаконитости“ начина прибављања доказа (и када се ради о повреди неког другог конвенцијског права према природи повреде).²³⁰ Суд је налазио да је прихватање изјава добијених мучењем или другим лошим поступањем без обзира на њихов утицај на исход поступка, „неизлечива“ повреда – чини да је кривични поступак неправичан у целини.²³¹

Ј. Омејес користи термин „процесни имунитети”. Вид.: Ј. Омејес, стр. 1159.

²²⁶ Ј. Омејес, стр. 1124.

²²⁷ *Sejdovic v. Italy*, ЕСтНР, App. no. 56581/00, Grand Chamber, 1 March 2006, para 86

²²⁸ *Бокић против Србије*, ЕСЉП, Представка број 1005/08, 20. децембар 2011., пар. 35.

²²⁹ *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria* (No. 3), ЕСтНР, App. no. 21124/04, 16 October 2012, final on 16 January 2013, para 42; *Jalloh v. Germany*, ЕСтНР, App.no. 54810/00, Grand Chamber, 11 July 2006, para 94 – 95.

Аутори у оквиру анализе доктрине „четврте инстанце“, указују на разлику ЕСЉП и класичног инстанционог суда објашњавајући да се ЕСЉП не бави оценом прикупљања доказа у складу са домаћим правом, исправном оценом доказа од стране националног суда, оценом исправног тумачења домаћих прописа од стране суда („исправним решавањем правних питања“), те да ли је пресуда донета у складу са законом. Горан Дајовић, Бојан Спаић, „Доктрина „четврте инстанце“ и право на образложену пресуду у пракси Европског суда за људска права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/19, стр. 173.

²³⁰ *Jalloh v. Germany*, ЕСтНР, App.no. 54810/00, Grand Chamber 11 July 2006, para 95. У поменутој пресуди Суд налази повреду и члана 3 и члана 6 Конвенције.

²³¹ *Хајнал против Србије*, ЕСЉП, Представка број 36937/06, 19. јун 2012., пар. 114., 115.; *Станимировић против Србије*, ЕСЉП, Представка број 26088/06, 18. октобар 2011, пар. 51 – 52. Више о пресудама: Марко Сладојевић, *Србија и Европски суд за људска права*, Службени гласник, Београд 2017, стр. 101 – 103.; стр. 109 – 110.

Став ЕСЉП доведен је у извесној мери у питање у случају *Gäfgen v. Germany*, ЕСтНР, App. no. 22978/05, Grand Chamber, 1 June 2010. Материјални докази прибављени су захваљујући изнуђеном признању окривљеног датог у полицији (непосредни резултат саслушања осумњиченог од стране полиције која је прекршила члан 3 Конвенције). Међутим, у конкретном случају приликом оцене права на правично суђење цени се да се прибегло принуди ради спасавања живота детета (жртве). Суд је испитивао последице које је по правично суђење имало прихватање спорних материјалних доказа. Позивао се и на потребу оцене да ли би се оспорени докази у сваком случају нашли у каснијој фази поступка, мимо забрањене методе истраге. У закључним разматрањима, нашао је да пропуштање да се изузму спорни материјални докази обезбеђени након изјаве изнуђене нехуманим поступањем, није имало утицај на исход поступка, осуду и казну подносиоца представке („оспорени докази нису били потребни нити су коришћени за доказивање кривице или одређивање казне“), те да није повређено право на правично суђење.

Од практичног значаја за државе је начин на који се утврђују повреде права. Правна теорија покушава да пружи одговор на питање која се аналитичка средства користе за наводне повреде. Гос издваја примењене тестове: 1. “поступак у целини” (“*proceedings as a whole*”); 2. “одржавање равнотеже” и “лечење недостатака” (“*counterbalancing*”, “*defect curing*”) који подразумевају оцену да ли други фактори у истом поступку надокнађују потенцијалне повреде, као што је давање/признавање права подносиоцу која већ поседује, те обавеза да се предузму компензаторне мере; 3. идеју да неке повреде чине суђење “ненадокнадиво неправичним” (“*the neverfair` jurisprudence*”); 4. делимична равнотежа која се користи у случајевима у којима се разматра да ли су извесни докази “искључиви или одлучујући докази” против окривљеног („*sole or decisive` evidence*”); те 5. у којој мери јавни интерес може да оправдава ограничења права из члана 6 путем анализа “равнотеже или пропорционалности” („*balancing or proportionality*”).²³² Поједина средства (тестови) нарочито су важни за примену начела једнакости “оружја” у смислу оцене да ли постоји релевантно ограничење права на „оружје” суочења са сведоком (постављања питања и унакрсног испитивања сведока) да би се утврдила повреда члана 6 Конвенције.

У одлукама Европског суда за људска права, наглашава се да није задатак Суда да укаже држави на средства која треба да изабере да би њен правни систем био у складу са захтевима права на правично суђење, већ да утврди да ли је резултат на који се позива Конвенција постигнут, па се сходно томе захтева да *доступна средства морају да се покажу ефикасним*.²³³

3. Појам једнакости „оружја”

Појам и начело једнакости „оружја” разматраћемо са теоријскоправног аспекта и истраживањем јуриспруденције Европског суда за људска права. Једнакост „оружја” везује се за појам странака. Дефиниција странака у наше кривичнопроцесно законодавство уводи се, заједно са оптужним начелом и начелом контрадикторности, параграфом 6 Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године. „Под странком се разуме: тужилац, као и онај, противу кога тече кривични поступак.”²³⁴ Тома Живановић налази да је окривљени у законодавству 19. века, „постао субјект кривичног поступка напореда са тужиоцем и судом”, да им је „бар формално по правном положају у процесу раван, ако не због стварно подређеног положаја, у истој мери и фактички.”²³⁵ Кнежевић наводи да у савременом кривичном поступку, по природи оптужно – расправном, самосталност окривљеног као кривичнопроцесног субјекта и равноправност са овлашћеним тужиоцем чини „право на материјалну и формалну одбрану” уз „постојање претпоставке невиности и других процесних погодности”.²³⁶

Више о анализи случаја *Gäfgen v. Germany*: В. Бајовић, *О чињеницама и истини у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, стр. 124 – 125.

²³² Вид.: R. Goss, стр. 124–201.

²³³ *Colozza v. Italy*, ЕCтHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985, para 30

²³⁴ Михаило П. Чубински, *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1933, стр. 76.

²³⁵ Т. Живановић, *Бранилачка права за време припремног поступка*, Посебни отисак из Споменнице конгреса правника, Београд 1935, стр. 3.

²³⁶ С. Кнежевић, *Окривљени и заштита људских права у кривичном поступку*, магистарска теза, одбрањена на Правном факултету у Нишу, Ниш 1994, стр. 8.

Једнакост „оружја“ се у кривичнопроцесној литератури и радовима из области људских права одређује као начело (принцип),²³⁷ правило, међународно правни стандард или право.²³⁸ Више разлога, теоријскоправних и практичних, иде у прилог да се у овом раду једнакости „оружја“ припише улога начела кривичног поступка.

Теоријским разматрањем односа између правила и начела спознају се неке одлике начела. Поједина начела могу, „у зависности од димензије и тежине, да делују заједно тако да остварују потпуни баланс”, за разлику од правила која „делују по принципу “све или ништа““, „вредносна су оријентисана“ за разлику од правила која су „акционо оријентисана“, подобна су да „оправдавају правила“, а правила „не могу да оправдају начела“. ²³⁹Сличност међународно правног стандарда са процесно правним начелима огледа се у томе да по садржини није прецизно дефинисано правило понашања, те да се не мора остварити у потпуности, већ у извесној мери, у одређеном степену, али је врло често у један међународно правни стандард инкорпорисан већи број начела и уз њих још нека јемства.²⁴⁰ Према литератури која анализира судску праксу ЕСЉП, једнакост оружја сагледава се по својој природи, те се посматра као *начело* више него правило или посебно право.²⁴¹

Начело једнакости „оружја“ (*principle of equality of arms*) и право на адверзијални поступак (*the right to adversarial proceedings*) посматрају се пре свега као два аспекта правичног суђења.²⁴² Нормативна равнотежа у процесним правима и процесним средствима странака предусловје за остваривање начела једнакости „оружја“. Поступање у складу са начелом захтева да се окривљеном пруже услови и могућности ради делотворног коришћења права и средстава одбране. Начело носи у себи идеју равнотеже која се успоставља између странака, њихових интереса односно легитимних, заштићених, интереса у кривичном поступку и у демократском друштву. Један је од основних захтева легитимног кривичног поступка. Начело једнакости „оружја“ сагледава се у пракси Европског суда за људска из угла основних конвенцијских начела и заузетих ставова Суда. Захтеви једнакости „оружја“ у кривичном поступку строжијису у односу на друге поступке.

²³⁷ Драгољуб Димитријевић одређује да су кривичнопроцесни принципи „основне поставке на којима је изграђен и којима је прожет кривични поступак“. Д. Димитријевић, *Кривично процесно право*, Савремена администрација, Београд 1963, стр. 34.

Тихомир Васиљевић наводи да су основна процесна начела везана за „процесне субјекте и процесне радње“ и да представљају „општа правила која владају процесним радњама и процесним субјектима, ради остварења циљева кривичног поступка“. Вид.: Т. Васиљевић, стр. 61.

²³⁸ Једнакост „оружја“ се у најширем смислу изједначава са правом окривљеног на одбрану делотворним представљањем и заступањем интереса одбране у кривичном поступку. Вид.: Љуба Слијепчевић, „Процесна равноправност, јавност суђења и контрадикторно суђење“, *Правни информатор* 4/14, стр. 16.

²³⁹ Stephen Perry, „Two Models of Legal Principles“, *Iowa Law Rev* 82/1997, стр. 787 – 789.

²⁴⁰ В. Ђурђић (2015 а), стр. 374.

²⁴¹ Maria Igorevna Fedorova, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Cambridge, 2012, стр. 7.

²⁴² Више о томе вид.: S. Trechsel, стр. 85.

Конвенцијско право на испитивање сведока може да се посматра са оба аспекта. Подразумева задовољавање захтева „једнаког третмана тужилаштва и одбране и да испитивање сведока уопште мора да буде контрадикторно.“ Вид.: *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, App. no. 10590/83, 6 December 1988, para 78.

3.1. Једнакост „оружја“ у правној теорији

Појам странака се још у нашој старијој правној доктрини везивао за тространи процесни правни однос у оптужном поступку.²⁴³ Једнакост „оружја“ се због тога описује као једнакост странака пред судом. Примећује се да термин једнакост „оружја“ према нашој старијој литератури „представља један метафорични израз, који се пре свега односио на утврђивање *потпуно једнаког процесног положаја обе странке* у кривичном поступку, тако да ни једна странка не буде у свом процесном положају, односно скупу права и дужности, којима располаже, фаворизована у односу на другу странку.“²⁴⁴

Чубински описује да једнако “оружје” подразумева да „све странке (укључујући окривљеног, приватног тужиоца и супсидијерног тужиоца) буду заступљене од исто каквих *искусних и учених правника* – адвоката, који су чланови једне независне и угледне корпорације, која са својим ауторитетом стоји иза својих појединих чланова“.²⁴⁵ Димитријевић указује на три елемента равноправности окривљеног и тужиоца: основни, „*дужност непристрасности државних органа*“, други „*претпоставка невиности*“ и трећи, „*у поставци и примени принципа расправности*“.²⁴⁶ Начело једнакости „оружја“ неретко се дефинише управо преко начела расправности.

Од увођења акузаторског (контрадикторног) поступка истицало се да исти почива на убеђењу „да је *спор* странака које бране супротне тезе, најбоља метода за проналажење истине у поступку, према познатој француској максими: „*duc hoc des opinions jaillit la verite*““²⁴⁷ Равноправност странака се одређује у нашој кривичнопроцесној доктрини као „начелна равноправност“, тј. „једнакост странака у крајњој линији, сагледавајући кривични поступак у целини и остварење његовог крајњег процесног задатка“ која је „услов контрадикторности процеса“ и „нужни елемент самог појма странке“.²⁴⁸

Ристивојевић дефинише да је једнакост оружја дужност суда у акузаторском типу поступка, која произлази из логике конкуренције, да обезбеди да конкуренција страна буде у једнаким условима, фер и поштена, да стране имају исту полазну позицију што захтева обавезну стручну одбрану и одсуство интервенције судије.²⁴⁹

Једнакост „оружја“ подразумева једнаку доступност правних средстава, постојање једнаких процесних средстава и могућности. Лазин користи сумаран израз „начело

²⁴³ Б. Марковић (1926), стр. 145.

У новијој литератури, Ђурђић издваја три конститутивна елемента појма странке: 1. процесни субјект; 2. постојање процесноправног односа; 3. функција оптужбе и одбране. О томе: В. Ђурђић (2014), стр. 92 – 93.

²⁴⁴ М. Шкулић (2013b), стр. 692.

²⁴⁵ М. П. Чубински, стр. 462.

²⁴⁶ Д. Димитријевић, стр. 114.

²⁴⁷ *Ibid.*, стр. 462.

²⁴⁸ Милица Стефановић – Златић, *Повластице окривљеног у југословенском кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1982, стр. 68 – 69.

²⁴⁹ Бранислав Ристивојевић, „Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, LV редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Intermex, Златибор – Београд 2015, стр. 128.

равноправности²⁵⁰. Ђурђић означава да је једнакост оружја у теоријском смислу „право странке да у поступку предузима све радње које може предузети њезин противник.“²⁵¹ Описује се и да је страначко право да „при било којој процедуралној радњи или у неком процедуралном стадију изнесе своје становиште и доказе под увјетима који је не стављају у битно неповољнији положај у односу на противну странку“.²⁵²

Начело се у Немачкој одређује као принцип „једнаке расподеле права између тужиоца и браниоца“ (*"Prinzip der Waffengleichheit"*) којим се штити правичност суђења.²⁵³ Прави се разлика у поимању начела у два модела кривичног поступка. Из литературе издвајамо запажања да је позитивна карактеристика начела "једнакости оружја" указивање на значај *favor defensionis*, који се огледа и у повољнијим правним решењима за окривљеног, а да се начело, „још јасније разоткрива као негативни услов (забрана): забрањено је да власти повећавају недостатке оптуженог!“²⁵⁴ С друге стране, наводи се да адверзијални поступак одликује једнакост „оружја“ јер „штити аутономију окривљеног тако што му дозвољава исту слободу поступања у вођењу своје одбране коју тужилац ужива у представљању случаја државе“.²⁵⁵

Издваја се и дефиниција која суштински полази од констатовања да постојинеравноправан положај између странака, „оправдан“ или „неоправдан“. Објашњава се да начело подразумева захтев да се поступак не уређује и води „на начин који би довео до неоправдане дискриминације између странака“ („без оправдања прављење разлика у њиховом процесном положају“).²⁵⁶

У страној доктрини људских права указује се да је узак, те уједно и погрешан приступ начелу из угла минималног захтева да постоји једнакост права странака. Ставрос (*Stavros*) закључује да начело има циљ да оснажи положај окривљеног на тај начин што ће га поставити у процесни положај *упоредив* са положајем јавног тужиоца.²⁵⁷

Цени се да је једнакост „оружја“ најважнија гаранција права на одбрану која има два вида: „исти приступ информацијама и наводима друге странке“ и „једнака могућност одговора другој странци“ односно „једнакост током припрема и изношења случаја“.²⁵⁸ Остваривање захтева начела пре свега не може да се замисли без општег права окривљеног на браниоца у кривичном поступку и других појединачних права која из наведеног

²⁵⁰ Ђорђе Лазин, „Право окривљеног на унакрсно испитивање сведока“, *Усаглашавање кривичног законодавства са Уставом Србије* (ур. Ђ. Лазин), научни скуп Копаоник 2008, Удружење за кривично право Србије, Београд 2008, стр. 47.

²⁵¹ В. Ђурђић, „Нормативне претпоставке права на правично суђење у кривичним стварима“, *Правни живот* 9/2013, стр. 725.

²⁵² Тадија Бубаловић, „Једнакост оружја“ и његова афирмација у оквиру права на одбрану (регионални и компаративни осврт)“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012, стр. 221.

²⁵³ Hans-Heinrich Jescheck, „Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law“, *Virginia Law Review*, Vol. 56, No. 2/1970, стр. 240 – 241.

²⁵⁴ Т. Flórián, стр. 299.

²⁵⁵ Т. Weigend (2003), стр. 159.

²⁵⁶ Никола Матовски, „Принцип правичног поступка у кодификацијама европских држава“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 1/2011, стр. 62, 64.

²⁵⁷ Вид.: S. Stavros, стр. 53 – 54.

²⁵⁸ Бора Чејовић, *Претпоставка невиности окривљеног*, Београд 2009, стр. 54 – 56.

проистичу (право на слободан избор браниоца, право на постављење браниоца по основу захтева правичности, довољно могућности и средстава за припрему одбране). Укуп права окривљеног у оквиру једнакости „оружја“ сврставају се „општа права окривљеног: да разматра списе предмета, да даје неопходне изјаве, да доставља доказе, да учествује у поступку, да поднесе захтеве, коментаре, приговоре, да се жали властима на радње којима се повређују његова/њена права и легитимни интереси“. ²⁵⁹Полазећи од анализе важећих законских правила, у нашој правној науци значајно место се издваја за право окривљеног да предлаже утврђивање чињеница и спровођење појединих истражних радњи (у стадијуму претходног поступка), затим, сагласно закону, да предлаже извиђања нових чињеница и прибављање нових доказа (на припремном рочишту и на главном претресу) и да износи нове чињенице и нове доказе (у жалби на првостепену пресуду).²⁶⁰

Запажа се да је у региону питање обезбеђења „процесне равнотеже“ и питање „конфронтацијског права“ и права на браниоца потенцирано управо увођењем јавнотужилачког модела претходног поступка и пасивности суда у централном стадијуму кривичног поступка, као независног арбитра у спору између две равноправне странке.²⁶¹

У анализи начела правичности кроз праксу међународних трибунала, који прихватају модел ангоамеричке процедуре, истиче се значај примене начела у односу на обе странке. Овако посматран концепт правичног суђења произилази из улоге тужилаштва да поступа у име и у интересу заједнице, односно међународне заједнице, укључујући интересе жртава кривичног дела за које се гони.²⁶²

3.2. Идеја равнотеже

Идеја равнотеже у „срцу“ је начела једнакости „оружја“. Уопштено, усмереност начела правичности је на законодавца, јер мора да се самоограничи у уређењу кривичног поступка да би довео у равнотежу „право јавног кажњавања са правима и слободама грађана“, као и на судију, јер се очекује да примењује правила кривичног процесног права тако да тумачењем постигне ту равнотежу због великог значаја.²⁶³

У кривичном поступку постоји фактичка, природна неједнакост између странака и конкуренција легитимних интереса и вредности, те се суштина начела своди на успостављање равнотеже у кривичном поступку. „Кривични поступак није битка између једнаких противника: оптужени се суочава са кривичним гоњењем државног апарата или међународног тужиоца.“²⁶⁴ Иако се не може оспорити процесни значај начела, не негира се да је јавни (државни) тужилац извесној мери у формалноправној, те и фактичкој предности у односу на окривљеног.²⁶⁵ Практична препрека равнотежи је и широко коришћење истражног

²⁵⁹ Maria Yordanova, Dimitar Markov, Miriana Icheva, *Right of Defence and the Principle of Equality of Arms in the Criminal Procedure in Bulgaria*, Center for the Study of Democracy, Sofija 2012, стр. 34.

²⁶⁰ В. Ђурђић (2014), стр. 58 – 59.

²⁶¹ Е. Ивичевић Карас (2015), стр. 93.

²⁶² V. Tochilovsky, стр. 449.

²⁶³ Н. Матовски, стр. 62.

²⁶⁴ К. Vriend, стр. 264.

²⁶⁵ Аутори указују на „надмоћ“ тужилаштва. Предност дају „бројна службена овлашћења која су повезана са функцијом оптужења, а нарочито прибављање доказа, те примена мера принуде која је резервисана за тужилаштво“. Вид.: Т. Flógián, стр. 299.

списа против окривљеног. Окривљени се сврстава у „слабије“ учеснике у кривичном поступку и због доживљаја који има према себи као и због тога што је кривично гоњење врло често праћено „губитком друштвеног угледа, прекидом социјалних контаката и сличним негативним друштвеним последицама.“²⁶⁶

Једнакост се из поменутих разлога не тумачи као апсолутна, општа, потпуна, дословна, „по сваку цену“. У смислу домаћаја, начело севезује за идеју равнотеже.²⁶⁷ У литератури се истиче да је „обавеза твораца закона да обезбеде прописе“ да би се начело једнакости оружја поштовало, а да се „истовремено намећу позитивне обавезе судијама и судовима да спрече неравнотежу између одговарајућих положаја странака у поступку, као и ограничења одбране која могу да доведу до беспомоћности“.²⁶⁸ Ради успостављања равнотеже, неопходно је да се процесно оснажи положај одбране. У појединим аспектима може се чак захтевати и „компензацијско побољшање одбране“ на главном претресу против јавног тужиоца.²⁶⁹ Европски суд за људских права, у оквиру теста постојања расположивих фактора уравнотежења анализира примену процесних мера уравнотежења положаја одбране када је реч о прихватању нетестираних доказа, ради обезбеђења да суђење у целини буде правично („тест равнотеже“). Крапац издваја примере начина кривичног процесног права да компензује премоћ апарата државне репресије фаворизовањем окривљеног у кривичном поступку (давање права на ћутање, толерисање окривљеном закаснелог или лажног исказа, пружање могућности приговарања државнотужилачким радњама, или подношење правних средстава против судских радњи).²⁷⁰

Примећује се да у моделу кривичног поступка *conflict – solving*, у формалном смислу једнака процесна оружја, због неједнакости странака, нису довољна да би се постигла једнака могућност ефективног заступања интереса, већ се захтева корективна радња у смислу активирања судије који помаже слабијој страни или обезбеђивањем правне помоћи економски слабијој страни.²⁷¹ Међутим, управо ове мере нарушавају саму природу овога система у свом апсолутном, чистом виду.

Идеја равнотеже важна је и са аспекта незаконитих доказа. Издвајањем (ексклузијом) недопуштених доказа обезбеђује се начело „једнакости оружја“ ограничавањем доминација државне власти над појединцем, што у већини европских држава подразумева поступак

„Окривљеном прети ризик од осуде, могућност да буде у притвору, док јавни тужилац има овлашћења да наметне окривљеном превентивне мере“. Вид.: М. Wąsek – Wiaderek, стр. 50.

²⁶⁶ Штефан Пирнер (*Stefan Pürner*), „Заштита окривљених и оптужених у кривичном поступку у светлу специфичних услова праве трансформације“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 70, Правни факултет у Нишу, Ниш 2015, стр. 330.

²⁶⁷ S. Summers, стр. 104.

²⁶⁸ C. Arangüena Fanego, „Requirements in Relation to the Right to a Defence: The Right to Defend Oneself, to Legal Assistance and Legal Aid (Art. 6.3.c ECHR)“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012, стр. 273 – 274.

²⁶⁹ Claus Roxin, Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München 2009, стр. 69.

²⁷⁰ Davor Крапац, „Трајанје казненог поступка и право на казнено судjenje у разумном року“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, vol. 63, 1/2013, 12., доступно на <https://hrcak.srce.hr/103806>, приступљено 23. децембра 2020.

²⁷¹ Damaška Mirjan, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven – London 1986, стр. 106 – 109.

„вагања“ значаја и вредности доказа, на једној страни и тежине процесне повреде уз коју је доказ прибављен.²⁷²

У хрватској литератури се у вези законског одређења незаконитих доказа истиче поступак „вагања повреда права одбране“ према легитимном циљу и сразмерности полазећи од могућности да се користе докази прибављени повредом одређених права.²⁷³

Пракса Европског суда за људска права препознајесупротстављене интересе, „интересе жртава и њихових породица, као и јавни интерес за процесуирање и кажњавање учинилаца кривичних дела“, те с друге стране права окривљеног на правично суђење и „витални јавни интерес за очување интегритета судског процеса, а тиме и уједно вредности цивилизованих друштава утемељених на владавини права.“²⁷⁴ Правна теорија на основу међународно правних стандарда издваја два модела система кривичног правосуђа, *либерални*, у којем државне власти своје активности у истрази треба да *уравнотеже са правима окривљеног* и модел људских права, у којем је право окривљеног на правично суђење „противтежа праву жртве и других на ефикасну истрагу“.²⁷⁵

3.3. Начело једнакости „оружја“ у судској пракси ЕСЉП

Начело једнакости „оружја“ у јудикатури ЕСЉП разматрамо из угла: 1. појмовног одређења и садржине начела 2. места у структури члана 6 Конвенције 3. опсега поља слободне процене држава чланица.

3.3.1. Дефиниција начела

Начело једнакости „оружја“ није изричито предвиђено Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Резултат је деловања Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права. Европска комисија за људска права уводи појам „једнакости оружја“ („*equality of arms*“) у судску праксу ЕСЉП. Ешворт (*Ashworth*) примећује тумачење примене Конвенције према англосаксонској правној традицији, у смислу да правичност елиминише арбитрерност, те да ЕКЉП промовише правичност више него постизање одређених резултата.²⁷⁶ Ипак, иако има своје корене у англо – америчким државама, те Суд формулише у извесном смислу теорије према англо – америчком праву, судска пракса даје начелу универзално значење, примењиво у свим државама чланицама уз уважавање специфичности правних система.

Начело има значај за формулисање закона. Захтев правне сигурности примењује се и на кривично процесно право. Процесне норме треба да буду јасно и прецизно прописане законом. Европски суд за људска права наглашава да је „примарна сврха процесног права да заштити окривљеног било које злоупотребе власти и да је управо највероватније да

²⁷² Момчило Грубач, „Анализа судске праксе Европског суда за људска права“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине - Часопис за правну теорију и праксу* књига 67, 11-12/2007, стр. 383, 385.

²⁷³ Злата Ђурђевић, „Одлука Уставног суда РН о suglasnosti Закона о kaznenom postupku s Ustavom“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 19, 2/2012, стр. 428 – 430.

²⁷⁴ *Gäfgen v. Germany*, ECtHR, App. no. 22978/05, Grand Chamber, 1 June 2010, para 175

²⁷⁵ Татјана Лукић, „Утицај међународних правних стандарда на обликовање припремног стадијума кривичног поступка“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/11, стр. 146 –147.

²⁷⁶ Andrew Ashworth, *The Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford 2005, стр. 375.

одбрана трпи штетне ефекте због нејасних одредаба“, те да је „примарно да националне власти, нарочито судови, реше проблем тумачења националног законодавства.“²⁷⁷

Општи и појединачни захтеви начела садржани суу мишљењима Комисије и пресудама Суда. Примећује се и да је у више случајева ЕСЉП вољан да формулише опште теорије.²⁷⁸ У поступку пред Европском комисијом помиње се појам *the principle of treatment on „equal footing“* или („*Waffengleichheit*“), у смислу равноправности странака у погледу сазнања о аргументима и могућности њиховог побијања.²⁷⁹ Појам „*equality of arms*“, по мишљењу Комисије, означава процесну једнакост између окривљеног и јавног тужиоца, као инхерентни елеменат правичног суђења, без сумње садржан у одредби члана 6 став 1 Конвенције.²⁸⁰ Без остваривања једнакости „оружја“ нема правичног кривичног поступка. Комисија је разматрала да ли постоји повреда једнакости „оружја“ како у првостепеном поступку, тако и у случају присуства јавног тужиоца седници суда правног лека, у одсуству окривљеног и браниоца.²⁸¹

Примена начела први пут се разматрала пред ЕСЉП у случају *Neumeister v. Austria*, у вези одлучивања о притвору након саслушања тужиоца, у одсуству подносиоца представке и браниоца. Суд је сматрао да је ово начело непримењиво на испитивање захтева за привремено пуштање на слободу, с обзиром на то да текст одредбе члана 6 став 1 Конвенције ограничава захтев за правичну расправу на одлучивање о кривичној оптужби, са којом очигледно правни лекови који се односе на притвор нису у вези.²⁸²

Гаранције права на правично суђење примењују се и у поступку по правним лековима на специфичан начин и у зависности од више чинилаца (правних, фактичких). Релевантност се огледа у посматрању кривичног поступка као целине и могућности да се у поступку по правним лековима отклоне недостаци из претходних фаза поступка. У појединим случајевима поштовање начела цени се у поступку по правном леку анализом процесног положаја странке.

Европски суд за људска права је у случају *Delcourt v. Belgium*, 2689/65, пресуда од 17. јануара 1970. године, сагледавао примену начелау једној фази кривичног поступка, поступка по правном леку. Заузео је став да не постоји повреда права на правично суђење у погледу присуства јавног тужиоца (*Procureur général*) на већању Касационог суда Белгије. Суд је нашао да се јавни тужилац пред белгијским Касационим судом у конкретном случају „не може сматрати странком“ (обично не гони, не износи случај пред суд, нема улогу респондента, што произлази из белгијског права).²⁸³ Независтан је у односу на министра правде, а његова улога је саветодавна. Ипак, став Суда се променио у случају *Borgers v. Belgium*, 12005/86, пресуда од 30. октобра 1991. године, упркос свим чињеницама које су

²⁷⁷ *Coëme and Others v. Belgium*, ECtHR, App. nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22 June 2000, final on 18/10/2002, para 102, 115.

²⁷⁸ R. Goss, стр. 40.

²⁷⁹ *Ofner and Hopfinger v. Austria*, EComHR, App. no. 524/59, 617/59, 23 November 1962, p. 25, 47, 62, 64.

Појам „*equal footing*“ проналази се и у *Engel and Others v. Netherlands*, ECtHR, App. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. June 1976, para 91

²⁸⁰ *Ofner and Hopfinger v. Austria*, EComHR, App. no. 524/59, 617/59, 23 November 1962, p. 78.

²⁸¹ *Pataki and Dunshirn v. Austria*, EComHR, App. 596/59, 789/60, 28 March 1963, p. 50.

²⁸² *Neumeister v. Austria*, ECtHR, App. no 1936/63, 27 June 1968, para 22, 23

²⁸³ *Delcourt v. Belgium*, ECtHR, App. no. 2689/65, 17 January 1970, para 29

наведене у претходно поменутој пресуди.²⁸⁴ Развој праксе ЕСЈП огледа се у „значају који се придаје спољним утисцима (*appearances*) и повећаном сензибилитету јавности за *правилно управљање правдом (fair administration of justice)*.“²⁸⁵ Без обзира што је јавни тужилац присутан током већања у саветодавној улози, што је по праву независан и непристрасан не може бити неутралан „с аспекта странака у поступку пред касационим судом.“²⁸⁶ Постоји могућност да његово мишљење о изјављеној ревизији буде неповољно за окривљеног, те јеповређено начело у нормативном, односно апстрактном смислу.²⁸⁷ Од тренутка када бијавни тужилац препоручио да се правни лек усвоји или одбије, његово мишљење не би се могло сматрати неутралним упркос томе што се његова објективност не може довести у питање. У тим околностима, члан 6 став 1 Конвенције захтева да се поштују права на одбрану начело једнакости „оружја“.²⁸⁸

Једнакост „оружја“ је аутономни појам, одређен применом Конвенције. Основни је циљ члана 6 став 3 д) Конвенције да се обезбеди под ’једнаким условима’ пуна ’једнакост оружја’.²⁸⁹ Ипак, Конвенција не обавезује државе да у грађанским и кривичним поступцима обезбеђују апсолутну једнакост странака. Суду оба поступка преузима формулацију Комисије даначело, као један од елемената ширег концепта правичног суђења, захтева да се свакој странци омогућава „разумна прилика да представи свој случај, укључујући и доказе, под условима који је не постављају у *суштински (битно) неповољнији положај* у односу на свог противника“.²⁹⁰

Начело једнакости „оружја“ захтева „*правичну равнотежу*“ (“*fair balance*”) између странака што значи да се свакој странци омогућава „разумна прилика за изношење случаја под условима који је не постављају у *суштински неповољнији положај* у односу на свог противника“.²⁹¹ Ради одређивања начела у литератури се издваја и израз „*процесна једнакост*“ чија је релевантна повреда „*значајна процесна предност тужиоца*“.²⁹² Није довољно одсуство стриктне једнакости оружја, већ нека врста *штетног ефекта* на

²⁸⁴ Драгољуб Поповић закључује да Суд „став из раније пресуде задржава у начелу, иако се суштински од тога одступа, што показује колика је приврженост Суда сопственој пракси и осећање везаности ранијом пресудом“ Вид.: Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2017, стр. 145.

²⁸⁵ *Borgers v. Belgium*, ECtHR, App.12005/86, 30 October 1991, para 24

²⁸⁶ *Ibid.*, para 26

²⁸⁷ Правна теорија примећује да је овај случај показатељ да „није неопходно да је странка искористила свој повољнији положај“, да је „довољан сам чин постојања повољнијег процесног положаја“. Вид.: Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006. године, стр. 194.

²⁸⁸ *Bulut v. Austria*, ECtHR, App. no. 17358/90, 22. February 1996, para 48; *Petyo Popov c. Bulgarie*, Requête no 75022/01, 22 janvier 2009, définitif 22/4/ 2009, para 73, 74

²⁸⁹ *Vidal v. Belgium*, ECtHR, App. no. 12351/86, 22 April 1992, para 33

²⁹⁰ *Dombo Beheer B.V. v. Netherlands*, ECtHR, App. no. 14448/88, 27 October 1993, para 33, која се односи на грађански поступак, указује на исту дефиницију начела и у грађанским и у кривичним поступцима. У кривичним предметима дефиниција се цитира нпр. у случају: *Atanasov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 17 February 2011, final on 17/5/2011, para 29

²⁹¹ *Stoimenov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, ECtHR, App. no. 17995/02, 5. April 2007, final on 5/7/2007, para 41; *J.M. and others v. Austria*, ECtHR, App. nos. 61503/14 and 2 others, 1 June 2017, final on 1/9/2017, para 119

²⁹² Clare Ovey, Robin White, Jacobs and White: *The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2006, стр. 176.

одбрану.²⁹³ Повреда начела је фактички условљена правноснажним окончањем кривичног поступка противно интересу окривљеног.

Суд објашњавајући опште принципе Конвенције налази да: 1) члан 6 Конвенције *не захтева да се одбрани дају иста права* у погледу извођења доказа као и тужилаштву; 2) окривљени треба да *има право да тражи и изводи доказе под истим условима* као и тужилаштво, али *ти услови нису потпуно исти у сваком погледу*; 3) важно је право окривљеног на активну одбрану нпр. у виду позивања сведока у своју корист или извођења других доказа.²⁹⁴

3.3.2. Положај начела у структури члана 6 Конвенције

Европски суд за људска права налази кршење начела утврђивањем повреде члана б став 1 Конвенције, некада утврђивањем повреде члан 6 став 3 Конвенције. Право из члана 6 став 1 Конвенције, између осталог, обухвата и право окривљеног да се упозна са доказима, да испитује своје сведоке у основном испитивању и тужилачке сведоке у унакрсном испитивању. У појединим случајевима примена члана 6 став 1 сагледава се заједно са применом одредаба из члана 6 став 3 Конвенције. Повреда начела једнакости „оружја“ се у неким случајевима, цени заједно са повредом права на „адверзијални поступак“ (контрадикторни поступак), у смислу одредбе члана 6 став 1 Конвенције.²⁹⁵

Питање правног основа начела једнакости „оружја“ у тумачењу члана 6 став 3 Конвенције, зависи од тумачења тачке б) „довољно времена и могућности за припремање одбране“ и тачке ц) „лична одбрана или одбрана путем браниоца.“²⁹⁶

У случају *Engeland Others v. Netherlands*, позива се на то да је основни циљ одредбе члана 6 став 3 тачка д) Конвенције (право на испитивање сведока), како је то означено речима „под истим условима“, потпуна „једнакост странака у поступку“.²⁹⁷

Почев од описа Европске Комисије из случаја *Nielsen v. Denmark*, усвајају се различити описи унутрашњих односа у оквиру члана 6 Конвенције: 1. сваки посебни саставни део конституише „различите минималне захтеве“; 2. захтеви члана 6 став 2 и 3 Конвенције представљају више – „специфичне аспекте“ члана 6 став 1, па фокус у анализи Суда треба да буде на члану 6 став 1 Конвенције или члану 6 став 2 и 3 Конвенције или 3. анализа Суда треба да обухвати процену представки тако што се „узимају заједно“ захтеви у оквиру члана б став 1 и члана б став 2 и 3 Конвенције.²⁹⁸

У случају *Edwards v. United Kingdom*, подносилац представке је истицао да није имао правично суђење, у смислу повреде члана 6 став 1 Конвенције, те, појединачно, да му је ускраћено право на унакрсно испитивање сведока на основу нових доказа, што доводи до супротности са чланом 6 став 3 тачка д) Конвенције. Суд подсећа да су „гаранције из члана 6 став 3 специфични аспекти права на правично суђење из члана 6 став 1, те да се у околностима случаја сматра непотребним да се испита релевантност става 3 тачка д) у

²⁹³ S. Treshel, стр. 99.

²⁹⁴ *J.M. and others v. Austria*, ECtHR, App. nos. 61503/14 and 2 others, 1 June 2017, final on 1/9/2017, para 116.

²⁹⁵ *Brandstetter v. Austria*, ECtHR, App. no. 11170/84; 12876/87; 13468/87, 28 August 2001, para 66

²⁹⁶ *Ofner and Hopfinger v. Austria*, EComHR, App. no. 524/59, 617/59, 23 November 1962, p. 78.

²⁹⁷ *Engel and Others v. Netherlands*, ECtHR, App. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 June 1976, para 91, *Gregaćević v. Croatia*, ECtHR, App. 58331/09, 10 October 2012, para 60

²⁹⁸ R. Goss, стр. 67.

предмету, с обзиром на то да наводи подносиоца представке у сваком случају износе да је поступак био неправедан.²⁹⁹ Међутим, у случају *Kostovskiv. The Netherlands*, Суд разматра наводе подносиоца представке из угла става 3 (д) и става 1 (узима заједно члан 6 став 3 тачкад) и члан 6 став 1 Конвенције).³⁰⁰

У литератури се такође истиче да су „права одбране“, од којих члан 6 став 3(б) Конвенције даје неисцрпан списак, установљена, пре свега, да би успоставили једнакост, колико је то могуће, између оптужбе и одбране.³⁰¹

За оцену поштовања начела једнакости „оружја“, као и начела правичности у целини, битно је сагледавање *кривичног поступка у целини*, укључујући и поступак по правним лековима. Ако су недостаци у првостепеном поступку исправљени у каснијем поступку пред судом правног лека, суђење се не може сматрати неправичним.³⁰² У поступку по правним лековима спајају се тестови: „поступак у целини“ и „лечење недостатака“ и накнадно, успостављање равнотеже“.

Истиче се да „одговарајућа процесна јемства „једнакости оружја“ морају бити примерена природи предмета и одговарати значају предмета за странке, што може обухватати могућности које се изводе из пресуде *H. v. Belgium: да се поднесу докази, да се оспоре непријатељски докази и да се предочи материјал о питањима која су кључна*“.³⁰³ Начело подразумева једнаке услове за странке у поступку ради остваривања ових права. Суд је дужан да приликом предузимања процесних радњи одлучивања и управљања поступком омогући странкама једнаке услове како би делотворно могли да остварују своја процесна права.

Предуслов за остваривање права на одбрану, те за поступање у складу са захтевима једнакости „оружја“ је *једнак приступ информацијама* субјектима у функцији оптужбе и одбране, те једнако поступање у „обелодањивању доказа“. У случају да тужилаштво није пружило одбрани и судовима материјал, у одсуству образложене судске одлуке о одузимању информације од одбране постоји повреда захтева правичности.³⁰⁴ Посебна пажња се посвећује оправданости ограничења права окривљеног и браниоца на увид и разматрање списка предмета.

3.3.3. Поље слободне процене држава

Европски суд за људска права оставља поље слободне процене (*margin of appreciation*) државама чланицама да примењују Конвенцију. Поље слободне процене дефинише се као „количина дискреционе власти која припада државама чланицама у погледу њихове способности да уведу оквир који представља обим ефективне примене права зајемчених Конвенцијом“.³⁰⁵

²⁹⁹ *Edwards v United Kingdom*, ECtHR, App.no.13071/87, 16 December 1992, para 33

³⁰⁰ *Kostovski v. The Netherlands*, ECtHR, App. 11454/85, 20 November 1989, para 39

³⁰¹ V. Tochilovsky, стр. 445 – 446.

³⁰² *Edwards v United Kingdom*, ECtHR, App.no.13071/87, 16 December 1992, para 39

³⁰³ Vitkauskas Dovydas, Dikov Grigoriy, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strazbur 2012, стр. 56.

³⁰⁴ *Plotnicova v Moldova*, ECtHR, App. no. 38623/05, 15 May 2012, final on 15/8/2012, para 47

³⁰⁵ Д. Поповић, *Постанак европског права људских права: есеј о судској креативности*, Службени гласник, Београд 2013, стр.147.

Разлике између кривично процесних права држава уважавају се у мери која не задира у поштовањеначела једнакости „оружја“ према захтевима из Конвенције и тумачењима из пресуда ЕСЉП. Значај за анализу начела има однос између Конвенције и специфичности националних законодавстава. Прихвата се „теорија конвергенције“, заснована управо на прожимању акузаторских и инквизиторских елемената у правним системима.³⁰⁶

Пракса Суда доприноси уједначавању права националних држава, али и поштује специфичности правних система.³⁰⁷ Тако се и у правној теорији уочава да Суд елаборира начело једнакости „оружја“ на начин да његови захтеви буду примењивани у правним порецима различитих правних традиција, те тиме доприноси хармонизацији националних права.³⁰⁸

Уважавање правне традиције и различитости држава последица је суверене једнакости држава, која захтева примену два основна принципа – супсидијаритета конвенцијског система и слободне процене државе („*doctrine of margin of appreciation*“).³⁰⁹ Поповић наводи да је од пресуде *Hendy sidev. United Kingdom*, 5493/72 (1976), Суд установио два начела, супсидијерности, „у односу на националне системе заштите људских права“ и да „државама није остављена неограничена слобода процене“, а да је сам Суд овлашћен да о томе коначно одлучи.³¹⁰ Поменути аутор објашњава да државе имају поље слободне процене, „зато што је орган домаће државе у прилици да свестрано испита чињенице које су међу странкама спорне“.³¹¹

Примена принципа у односу између Суда и држава истакнута је на Конференцији на високом нивоу о будућности Европског суда за људска права (*Brighton Declaration*) одржаној од 19 – 20. априла 2012. године. Начело супсидијаритета и поље слободне процене унети сучланом 1 Протокола 15 Конвенције у њену преамбулу. Супсидијаритет подразумева да су националне власти у бољем положају од међународног суда у погледу оцене локалних потреба и услова, а да је улога Суда да размотри да ли су одлуке националних власти компатибилне са Конвенцијом.³¹² Суд оставља простор држави задискрецију (слободну процену) приликом примене Конвенције, у погледу начина на који ће остварити обавезе из Конвенције.³¹³

³⁰⁶ Као пример се истиче начело једнакости „оружја“ које се повезује са инквизиторским приступом у смислу „дужности откривања“. Вид.: А. Ashworth (2005), стр. 370.

³⁰⁷ Дамашка налази да су од посебне важности фактори који би се могли подвести под појам процесне културе (виђење процесних учесника о њиховим улогама у поступку, њихове радне навике, превађајућа мишљења о циљевима кривичног поступка и преовлађујући друштвени *доживљај о правичности*). Вид.: М. Дамашка (2006), стр. 4 – 5.

³⁰⁸ Е. Ivičević Karas Elizabeta (2007 а), стр. 775.

³⁰⁹ У извештају Комисије из 1958. године, у случају Грчка против Уједињеног Краљевства, појам се први пут појавио, а његова примена на члан 6 Конвенције се од стране појединих коментатора указује као веома ограничена. Вид.: Steven Greer, *The margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2000, стр. 5 – 6.

³¹⁰ Д. Поповић (2017), стр. 149.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights – Brighton Declaration*, пар. 11., доступно на http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Final_Declaration_ENG.pdf, приступљено 10. јануара 2018.

³¹³ *Hadjianastassiou v. Greece*, ECtHR, App. no. 12945/87, 16. December 1992, para 33

Поље слободне процене подразумева „процену стандарда права из Конвенције узимајући у обзир вредности и различите факторе саткане у ткиво локалних закона и праксе“.³¹⁴ Примећује се да *Повеља ЕУ о основним правима*, у Преамбули, истиче да је једнакост недељива, универзална вредност, а дасе поштује „разноликост култура и традиција“ европских народа. Директива Европске уније 2016/343 о јачању извесних видова претпоставке невиности и права на присуство суђењу у кривичном поступку усвојена 9. марта 2016. године (примена започета 1. априла 2018. године) допушта могућност да државе чланице немају адверзијални систем, те констатује постојање тих држава.³¹⁵ Међутим, једини услов који се поставља државама је да одржавају да прихваћени систем буде у сагласности са Директивом, релевантним одредбама ЕУ и међународним правом.

Развој праксе ЕСЉП показује да је Суд постао више „окренут резултату“ (*'result'-oriented*). Дозвољава се да се препусти више простора за обзире националних политика када се формирају оквири судских поступака, у смислу да неуспех да се гарантују специфични аспекти права на правично суђење који представљају значајне индикаторе не значи да је странкама ускраћено право на правично суђење, већ је за Суд битно дешавање у целокупном кривичном поступку.³¹⁶

Из случаја *Vidal v. Belgium*, 12351/86, произлази да се држави даје ограничена слобода. Националним судовима препушта се процена *прикладности сведочења* (извесна слобода у виду оцене изведених доказа), да цене релевантност доказа чије извођење окривљени предлаже, али одлука суда треба да садржи образложење које не сме да буде имплицитно.³¹⁷ Опште је правило да Суд сопственом оценом доказа не замењује оцену доказа коју су дали домаћи судови, осим у околностима у којима је оцена домаћег суда била „произвољна, хировита“, односно ако је „скуп гаранција или заштитних мера“ („*system of guarantees or safeguards*“) примењен приликом оцене поузданости доказа, који се односи на изјаву о признању кривице, „очигледно непримерен“.³¹⁸ Начелно, правила о прихватљивости доказа првенствено су ствар регулација у оквиру националног права.³¹⁹

У појединим случајевима запажа се ипак да Суд залази у оцену доказа указујући на недостатак доказа, недовољну поузданост употребљених доказа, а у вези са недостатком било каквог испитивања приговора окривљеног у погледу веродостојности доказа и њиховој употреби од стране расправног суда.³²⁰ Шире „мешање“ у чињенична питања и оцену доказа од стране Суда (оцена карактера спорног доказа као „јединог доказа“ у погледу релевантне чињенице уз налажење да остали докази имају карактер индиција), засновано је на примени теста из праксе Суда да ли је због околности у којима је прибављен доказ против окривљеног

³¹⁴ Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein, *Constituting Europe – The European Court of Human Rights in a National European and Global Context*, Cambridge University Press, New York 2013, стр. 62.

³¹⁵ *Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings*, L 65/1

³¹⁶ Paul Lemmens, „The right to a fair trial and its multiple manifestations Article 6 (1) ECHR“, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (eds. Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge University Press, New York 2014, стр. 313.

³¹⁷ *Vidal v. Belgium*, ECtHR, App. no. 12351/86, 22 April 1992, para 33–34.

У конкретном случају другостепени суд није дао образложење одбијања предлога да се као сведоци одбране позову четири лица, које је било само имплицитно („ћутање пресуде“).

³¹⁸ *Brennan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 39846/98, 16 October 2001, final on 16/1/2002, para 51

³¹⁹ *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 10862/84, 12 July 1988, para 46; *Teixeira de Castro v. Portugal*, ECtHR, 44/1997/828/1034, 9 June 1988, para 34; *Perna v. Italy*, ECtHR, App. no. 48898/99, 6 May 2003, para 29

³²⁰ *Horvatic v. Croatia*, ECtHR, App. 36044/09, 17 October 2013, para 79 – 87.

доведена у питање поузданост или тачност тог доказа.³²¹ Тест се примењује ради извођења закључка да ли је начин употребе тог доказа утицао на поступак у целини. Доктрина, полазећи од анализе пресуда ЕСЈП које утврђују повреду права на образложену одлуку суда из члана 6 став 1 Конвенције, закључује да је управо у овим случајевима Суд „у прилици да делује као суд вишег степена“ и да само право формулише тако да оно по себи одступа од доктрине „четврте инстанце“.³²²

3.4. Однос начела једнакости „оружја“ са другим начелима кривичног поступка

Законодавци држава региона имају различит приступ према начелу једнакости „оружја“, изричито га не наводе, иако се у правном поретку тумачи да је инкорпорисано у одређена уставна начела и законска правила, или га утврђују. Начело се на другачији начин одређује (у оквиру начела правичности/засебно, општије/конкретније) и именује (дужност обезбеђења „једнаких услова“ странкама и браниоцу, „једнакост у поступању“ према странкама и браниоцу, „једнакост/равноправност странака“, „једнакост процесних права странака“³²³). Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године – ЗКП,³²⁴ учлану 1 став 1, захтева да се кривични поступак спроведе законито и правично. Иако је наш кривични поступак попримио у извесној мери адверзијалне одлике, начело једнакости „оружја“ не помиње се изричито у Основним одредабама. Ипак, законодавац се позвао на начело објашњавајући мотив за основне новине у кривичном поступку. Начело је постављено истовремено са другачијом расподелом одговорности за доказивање чињеница у поступку и у вези са прикупљањем доказа у току истраге.³²⁵

Начело правичности на својеврстан начин повезује друга кривично процесна начела. Начело акузаторности кривичног гоњења подразумева да су процесне функције подељене, што је основна поставка акузаторског типа кривичног поступка, те начела једнакости „оружја“ као његове одлике, које се односи на остваривање суштинске равноправности странака пред судом. У нашој правној теорији се о равноправности странака говори од увођења оптужног начела. На значај начела правичности у модерним кривичним процедурама указује и Римски статут предвиђајући изузетак од примене начела *ne bis in idem* тако постоји несклад са одредбама правичног поступка.³²⁶ Непосредност у извођењу доказа подразумева постојање правила суђења у присуству. Начело једнакости „оружја“ указује и на правило *favor defensionis (in dubio pro reo)*, које се у теорији „често

³²¹ *Lisica protiv Hrvatske*, Zahtjev br. 20100/06, 25. februar 2010., пар. 47 – 62.

У овом случају суд ограничава своју надлежност налазећи да суд државе цени довољност за осуду осталих доказа приписујући им истовремено карактер индиција.

³²² Г. Дајовић, Б. Спаић, стр. 190 – 193.

³²³ Члан 12 Законика о кривичном поступку Бугарске, *Penal Procedure Code*, Prom. SG. 83/18 Oct 2005, amend. SG. 46/12 Jun 2007, amend. SG. 109/20 Dec 2007, amend. SG. 69/5 Aug 2008, amend. SG. 109/23 Dec 2008, amend. SG. 12/13 Feb 2009, amend. SG. 27/10 Apr 2009, amend. SG. 32/28 Apr 2009, amend. SG. 33/30 Apr 2009, amend. SG. 15/23 Feb 2010, amend. SG. 32/27 Apr 2010, amend. SG. 101/28 Dec 2010, amend. SG. 13/11 Feb 2011, доступно на

https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/bgr/1968/criminal_procedure_code_of_the_republic_of_bulgaria_html/Bulgaria_Criminal_Procedure_Code_2011., приступљено 15. јула 2019.

³²⁴ *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019

³²⁵ О томе вид.: “Објашњење основних правних института и појединачних решења – Из образложења предлагача Законика“, *Кривични поступак – Нови Законик*, Intermex, Београд 2011, стр. 7.

³²⁶ Вид.: М. Шкулић (2009 б), стр. 344.

директно повезује са претпоставком невиности.³²⁷ Гаранције правичног суђења обухватају јавно суђење, поуке о правима, које се усмено саопштавају³²⁸, контрадикторни поступак, гаранције везане за суд који одлучује о оптужби у кривичном поступку.

Начело правичности не задире у поље „слободне процене“ суда у погледу релевантности и вредности доказа, те слободног судијског уверења, ако су испоштовани захтеви начела правичности. Суд цени доказе тек након што је одбрани пружена једнака прилика да износи, преиспитује и оспорава доказе, а оцену доказа дужан је да образложи. У теорији и законодавствуначело једнакости „оружја“ повезујесе пре свега доказним поступком, правилима и начелима. Једнакост „оружја“ је гарантована: 1. обавезним присуством „потврђујућих сведока“ приликом предузимања истражних радњи; 2. прикупљањем и испитивањем доказа који су против и у корист окривљеног 3. слободном оценом доказа („докази и доказна средства не могу имати предодређену доказну снагу и предмет су обавезне оцене“).³²⁹

У правној науци и јудикатури ЕСЈП проналази се веза и разлика између два аспекта начела правичности. Анализирасе могућност да се странка не ставља у неповољнији положај, али да је дошло до повреде контрадикторности поступка и супротно. У теорији кривичног процесног права равноправност странака често се доводи у везу са начелом контрадикторности и објашњава се преко овог начела, док се у литератури која анализира праксу ЕСЈП истиче разлика између компаративног критеријума и права на адверзијални (контрадикторни) поступак. Разматрањем односа трагања за истином и начела једнакости „оружја“ истичу се разлике између кривично процесних система игледишта у правној теорији.

3.4.1. Начело једнакости „оружја“ и начело расправности

Начелу расправности одговара израз „право на контрадикторни поступак“ у државама континентално – европског типа кривичног поступка. У државама адверзијалног типа кривичне процедуре расправност се означава „правом на адверзијално суђење“. Сличност начела правичности и расправности произлази из широког обима начела правичности које обухвата скуп права окривљених, те и права која произлазе из начела расправности. Оба начела се сврставају у начела вођења кривичног поступка, с тим што начело расправности предвиђа могућност да свака кривично процесна странка „у одговарајућим процесним формама износи своје ставове како у односу на кривични предмет, тако и у односу на друга питања у кривичном поступку, те посебно у погледу формално изражених ставова супротне странке“, као и обавезу суда да омогући такво расправљање, док начело правичности спада у начела циља и основног начина вођења кривичног поступка.³³⁰ Начело расправности односи се како на окривљеног тако и на тужиоца, док се начело једнакости „оружја“, као вид начела правичности, односи на *положај* окривљеног у кривичном поступку у односу према тужиоцу.

У нашој старијој, класичној правној доктрини истицало се да из принципа једнакости странака проистиче на првом месту као његова нужна последица „захтев обостраног услуга“

³²⁷ М. Шкулић (2020 а), стр. 74.

³²⁸ Законик о кривичном поступку на више места указује на значај усменог саопштавања поука о правима, нпр. приликом саслушања окривљеног (члан 85 став 2 ЗКП), по објављивању пресуде (члан 426 ЗКП).

³²⁹ М. Yordanova, D. Markov, M. Пcheva, стр. 34.

³³⁰ М. Шкулић (2020а), стр. 75.

(тзв. „принцип двостраности [audiatur altera pars]“).³³¹ Bayer закључује: „У чему се равноправност окривљеника с тужиоцем пред судом састоји, ако не у томе, да се тужиочев захтев узима на суду као предмет спора. Исто тако, као што тужилац има право да изнесе све, што говори за његову тврдњу, окривљеник има право да изнесе све, што тужиочеву тврдњу побија“.³³² Димитријевић повезује начело расправности са равноправним расправљањем странака. Равноправност странака је у погледу поседовања и вршења кривичнопроцесних права и дужности ради целисходног остварења њихових захтева, што се изједначује са законским, правилним и праведним решењем кривичне ствари.³³³

Начелоједнакости „оружја“ општије је у односу на начело расправности и последица је фактички неповољнијег положаја окривљеног у односу на јавног тужиоца, као државног органа. Положај окривљеног процесно се оснажује гарантовањем претпоставке невиности, специфичним посебним процесним правима окривљеноги привилегијама (мимо страначких права окривљеног) и посебним процесним механизмима утицаја на јавног тужиоцаи суд, управо ради успостављања неопходнеравнотеже са јавним тужиоцем у кривичном поступку. Осим нормативне равноправности, начело захтева остваривање суштинске равноправности у конкретном кривичном поступку, која се огледа у недискриминаторском третману странака у остваривању прописаних страначких процесних права.

Једнакост „оружја“ главни је циљ јемстава из члана 6 став 3 Конвенције, саставних делова права на правично суђење из члана 6 став 1 Конвенције.³³⁴ Начело једнакости „оружја“ циљ је правичног поступка у целини, те и контрадикторног поступка. Иако се често у пресудама ЕСЈП преиспитује заједно остваривање захтева оба начела, дају се њихове посебне дефиниције и истичу специфичности. Право на адверзијални поступак у кривичним предметима одређује се као право и тужиоца и окривљеног на прилику да „сазнају све доказе потребне да би успели са својим захтевима, право да сазнају предложене доказе и да коментаришу поднеске које је друга странка изнела, те да доставе своје примедбе на њих како би могле да утичу на одлуку суда“.³³⁵ Такође, посебно се издваја да додатно члан 6 став 1 Конвенције обухвата гаранцију да „јавно тужилаштво треба да открива одбрани све материјалне доказе које поседује, како у корист тако и на штету окривљеног“.³³⁶

Неколико специфичности права на адверзијални (контрадикторни) поступак изводе се из обимне судске праксе ЕСЈП. Није важно: 1. да ли је лице правно заступано 2. да ли су предметни докази и запажања *важни за исход поступка* 3. да ли је *пропуст* у упознавању са документима *проузроковао штету* 4. да ли су запажања супротне странке представљала било коју чињеницу или аргумент који се појавио у спорној одлуци.³³⁷ Насупрот, оцена да ли је повређено начело „једнакости оружја“ захтева испитивање: 1. да ли су интереси одбране адекватно представљени (присутност браниоца) 2. да ли се на доказу који је изведен уз

³³¹ Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка) – II одељак*, Српска краљевска академија, Посебна издања, Друштвени и историски списи, Књига 55, издање Задужбине Драгослава Гођевића, Београд 1941, стр. 126.

³³² Bayer Vladimir, *Teorija krivičnog postupka FNRJ – Prva knjiga*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb 1950, стр. 109.

³³³ Д. Димитријевић, стр. 44.

³³⁴ *Gregachević v. Croatia*, ECtHR, App.58331/09, 10 October 2012, para 60

³³⁵ *Gregachević v. Croatia*, ECtHR, App. 58331/09, 10 October 2012, para 50

³³⁶ *Jasper v United Kingdom*, ECtHR, App. no. 27052/95, 16 February 2000, para 51

³³⁷ Tom Barkhuysen *et al.*, стр. 567.

ограничења права окривљеног на одбрану *искључиво или у одлучујућој мери заснива пресуда* 3. да ли је остварен *штетан ефекат по интересе одбране*.

Према начелу једнакости „оружја“, странке се третирају на једнак начин, у смислу да се елиминише поступање на тај начин да једна странка ужива право коме друга странка није имала приступ.³³⁸ Према странкама у поступку суд не може да има *битно неједнак однос*.

Разлике између два начела издвајају карактеристике начела једнакости „оружја“. Повреда начела једнакости „оружја“ утврђује *сеприменом компаративног критеријума*. Начело захтева да је окривљени у равноправном положају са јавним тужиоцем, односно да није дискриминисан, док право на адверзијални поступак захтева да обе странке буду информисане о случају, у смислу релевантних доказа и аргумената и да им се пружи могућност да приговарају доказима и аргументима.³³⁹ У пракси ЕСЈП се у поступку пред уставним судом проналази да је могућа повреда права на адверзијални поступак, а да се једна странка не доводи у неповољнији положај у односу на другу странку у ситуацији када је суд прибавио релевантне доказе за доношење одлуке, али није омогућио обема странкама у спору да се о њима изјасне с обзиром на то да им нису саопштени.³⁴⁰ У вези са извођењем доказа, мало вероватно може да се замисли у кривичном поступку да докази које одбрана жели да оспори, произилазе од другог субјекта осим јавног тужиоца, па ће у том случају бити повређени заједно захтеви једнакости „оружја“ и права на адверзијални поступак.³⁴¹

Једнакост се односи на *једнака процесна права и могућности* странака. На овај начин начело се одређује као *функционално начело*, док начело контрадикторности одређује кривични поступак као спор између двеју равноправних странака, па се сматра конструкцијским начелом.³⁴² Основно право окривљеног је право да му се суди у присуству.³⁴³ Једнакост права најпресе посматра у нормативном смислу, без обзира да ли је привилегована странка фактички користила своја права у смислу активног утицаја на суд.³⁴⁴ Могућности се односе на примену права окривљених током поступка. Окривљени не

³³⁸ Elisa Toma, „The Principle of Equality of Arms – Part of the Right to a Fair Trial“, *Union of Jurists of Romania Law Review*, International Journal of Law and Jurisprudence Online Semiannually Publication, Vol. 7, 2/17, стр.4., доступно на <http://www.internationallawreview.eu/article/the-principle-of-equality-of-arms-part-of-the-right-to-a-fair-trial>, приступљено 10. јануара 2018.

³³⁹ S. Trechsel, стр. 85.

³⁴⁰ Европски суд за људска права налази да право на адверзијални поступак захтева да се странкама да прилика да изнесу доказе, али и да имају сазнање и да коментаришу доказе и запажања са циљем да утичу на одлуку суда, при чему се право на коментарисање остварује у одговарајућој форми и за одговарајуће време, а односи се на коментарисање постојања, садржаја и аутентичности доказа. Вид.: *Křtář and others v. The Czech Republic*, ECtHR, App. no. 35376/97, 3 March 2000, final on 3/6/2000, para 38 – 46

³⁴¹ S. Summers, стр. 112.

Свакако, у кривичним поступцима у којима је суд поступајући по начелу материјалне истине надлежан да прибави доказе могуће је замислити ситуацију да се окривљеном ускраћује релевантна информација, а да се јавном тужиоцу дозвољава њено разматрање, чиме се окривљеном онемогућава једнако расправљање, те се окривљени дискриминише у односу на јавног тужиоца.

³⁴² Љ. Слијепчевић, стр. 18.

³⁴³ У предмету *Laukkanen and Manninen v. Finland*, Суд истиче се да сви докази морају по правилу да се изведу у присуству оптуженог на јавном суђењу у циљу расправљања, те по правилу, осуда не треба да се заснива на исказу једног сведока кога оптужени није имао прилику да оспори и испита. Вид.: *Laukkanen and Manninen v. Finland*, ECtHR, App. no. 50230/99, 3 February 2004, final on 3/5/ 2004, para 35

³⁴⁴ Примећује се да још Комисија у Извештају *Pataki and Dunshirn v. Austria*, налази да није битно да ли постоји „стварно прејудицирање“, односно стварни утицај на суд, те да је довољно да је једној од странака

сме да седискриминише у односу на јавног тужиоца у смислу да се субјектима у функцији одбране у потпуности *ускрати прилика* упознавања са доказним материјалом, а да је јавном тужиоцу омогућено да изврши увид у прибављене писане доказе. Окривљени би се ставио у неповољан положај да се њему и његовом браниоцу не омогући „*одговарајућа и довољна прилика*“ за упознавање са доказима и садржином истих, како би их делотворно оспоравали и активно учествовали у кривичном поступку, а да се са друге стране, јавном тужиоцу докази без ограничења оставе доступним.

3.4.2. Начело једнакости „оружја“ и истина у кривичном поступку

Традиционално, наше кривично процесно законодавство прихватало је императив трагања за материјалном истином. У параграфу 5 Законика о поступку судском у кривичним делима од 1865. године који је уређивао инквизиторски тип кривичног поступка по угледу на аустријски закон, било је прописано да су: „*Сва надлежатељства и поједини званичници, који се казнителним ислеђењем занимају, дужни старати се, да невини не буду гоњени, а повини да не избегну заслужену казну.*“³⁴⁵ Југословенска правна наука приписивала је истини значај у смислу да „форме (начини поступања) кривичног поступка морају бити такве, да осигуравају сазнање истине у томе поступку.“³⁴⁶ Без обзира на придавање значаја истини, увођењем оптужног начела и права на одбрану успостављане су и границе трагању за истином.³⁴⁷

Начела правичности и истине су начела циља кривичног поступка. Као и начело правичности, начело истине има етички карактер.³⁴⁸ У законима државаконтинентално – европског типа кривичног поступка егзистирају паралелно и међусобно се прожимају.³⁴⁹ Питање се своди на разматрања која су нормативна ограничења истражног начела суда неопходна да би довела до правичног поступка у целини, у суштинском смислу односно како се постиже нормативно оптималан и у пракси одговарајући баланс ових начела.

Старија правна теорија запажала је да је у модерном кривичном поступку, због принципа *in dubio pro reo*, утврђивање истине у правцу заштите интереса грађана да не буду невинно осуђени (нити пак строже него што заслужују) у већој мери омогућено него утврђивање истине у правцу заштите интереса друштва у ужем смислу, да извршилац

пружена могућност да утиче на суд, па да се јавни тужилац не може схватити као „неми посматрач“. Вид.: S. Summers, стр. 106 – 107.

³⁴⁵ Правило се тумачило тако да се увек тражи материјална истина и то најпре да ли постоји кривично дело, а затим да се тражи учинилац. Вид.: Борислав А. Милојковић, *Законик о поступку судском у кривичним делима (са објашњењем и коментаром) са Полицијском уредбом и законом о пороти*, Нови Сад, Супек – Јовановић и Богданов 1920, стр. 8 – 9.

³⁴⁶ Vladimir Bayer (1950), стр. 102.

³⁴⁷ У нашој старијој кривично процесној доктрини истиче се да је „дужност суда да отклони сваки неправедан напад од окривљеника,“ те да „начело материјалне истине тражи само правичну пресуду.“ Вид.: Б. Марковић (1926), стр. 166.

Иако је формалноправно изостајало увођење начела правичности, у научним коментарима се примећивало да је долажење до материјалне истине условљено „најбољим вршењем страначких функција“. М. П. Чубински, стр. 9.

³⁴⁸ Истина се описује као суштинска, морална вредност човечанства. О томе вид.: Heike Jung, „Nothing But the Truth? Some Facts, Impressions and Confessions about Truth in Criminal Procedure“, *The Trial on Trial – Volume 1 – Truth and Due Process* (eds. Antony Duff et al.), Hart Publishing, Oxford 2004, стр. 147 – 156.

³⁴⁹ Шкулић налази да су начела „суштински повезана у европско – континенталним кривичним поступцима и њихово вештачко одвајање једноставно није могуће“. Вид.: М. Шкулић (2010 а), стр. 608.

кривичног дела буде заслужно кажњен.³⁵⁰ Судска пракса и научни коментари истицалису важност материјалне истине из угла одбране окривљеног. „Погрешна одбрана не ослобађа суд дужности да утврди стварно стање ствари и пуну истину“ (ВСС НС Кж 389/66)“, а манифестација материјалне истине огледа се у погледу обавезних поука о правима и правним последицама радњи и пропуштања.³⁵¹ Уједно, у судској пракси су се ограничења права на одбрану окривљеног правдала управо остваривањем материјалне истине.³⁵²

На суђењу уадверзијалном поступку, странке имају начелно формално једнаку шансу да њихов случај „победи“.³⁵³ У доктрини се описује да је кривични поступак у САД устројен као једна врста „доказног страначког двобоја“, у коме се тужилац и окривљени, односно његов бранилац, сопственим аргументима „туку“ пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији.³⁵⁴

Истина губи значај у кривичном поступку у САД, јер су суђења скупа за странке, па „нестају суђења“ у корист споразума о признању кривице.³⁵⁵ Иако систем лаичке пороте није уређен на начин да тежи истини и доводи до истине, у теорији и пракси јој се не негира значај када су у питању правила поступка и доказивања.³⁵⁶ Сугерише се да државни легитимитет, колико и правда, зависе од тачности пресуда.³⁵⁷ Када је реч о правилима доказивања, захтев правичног управљања поступком и сазнања истине постављају се

³⁵⁰ Младен Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Народне новине, Загреб 1963, стр. 44.

³⁵¹ Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Савремена администрација, Београд 1990, стр. 18 – 19.

³⁵² Према *Правном схватању Кривичног одељења Врховног Касационог суда Србије* од 14. септембра 1992. године комуникација између окривљеног и браниоца не може да се замени забраном или ограничењем „у мери која би довела у питање пружање стручне помоћи у одбрани притвореном лицу“. Истовремено, пружање стручне помоћи притвореном лицу од стране браниоца, које претпоставља гарантовање права комуницирања између њих не сме бити злоупотребљено за ометање истраге и онемогућавање или отежавање утврђивања материјалне истине“. Билтен Врховног Касационог суда 1/2014 – *Правна схватања Врховног суда Србије 1964 – 2009 – 50 година објављивања 1964 – 2014*, Intermex Београд, стр. 18.

³⁵³ У правној теорији се истиче да је у овом моделу поступка, истина „процесни концепт који одговара англоамеричком скептицизму о способности човека да уопште открије апсолутну истину“, па се више инсистира на правичности поступка. В. Бајовић, „Начело утврђивања материјалне истине“, *Правни живот* бр. 9/2010, стр. 663.

³⁵⁴ М. Шкулић, Горан Илић, *Реформа у стилу “Један корак напред – два корака назад”*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, стр. 34.

³⁵⁵ О томе вид.: Thomas Scheffer, Kati Hannken-Illjes, Alexander Kozin, *Criminal Defence and Procedure - Comparative Ethnographies in the United Kingdom, Germany, and the United States*, Palgrave Macmillan, New York 2010, стр. 163 – 164.

³⁵⁶ Равлс (*Rawls*) у научном делу политичке филозофије, *Теорија правде (A Theory of Justice)*, истиче да теорија суђења испитује управо које су процедуре и правила о доказима и сл. најбоље израчунати да се унапреди утврђивање истине, као жељени исход кривичног поступка, у складу са другим циљевима закона. J. Rawls, стр. 74 – 75.

Бренан (*Brennan*) наводи да процесна правила која уређују кривични поступак треба да служе „основној унутрашњој функцији суђења – одређивању истине“. William J. Brennan Jr., „The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth? A Progress Report“, *Washington University Law Quarterly*, vol. 68, 1/1990, стр. 18.

³⁵⁷ Larry Laudan, *Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, стр. 2.

истовремено.³⁵⁸ Врховни суд САД закључује да је темељна основа на којој морају да се заснивају сва разумна правила о доказима да сеприлагођавају „успешном развоју истине“.³⁵⁹ Установљавање правила о искључивању доказа тражи да се спречи искључивање логички релевантних доказа. У теорији, суштински елемент процедуралне истине је управо „поштен напор да се прикупе и уведу чињенице на којима доносилац заснива рационално одбрањиву пресуду.“³⁶⁰ Додатна заштитна гаранција је заклетва сведока да ће говорити истину.

Истина се у теорији изражава и тежњом ка тачно и потпуно утврђеном чињеничном стању на коме ће се засновати одлука кривичном поступку, односно правилном и потпуном разјашњењу стања ствари. Потпуно значи да је суд дужан да сваку чињеницу у кривичном поступку (било на штету, било у корист окривљеног) истражује у свим правцима.³⁶¹

У нашој савременој науци кривичног процесног права издвајамо мишљење да „активнија улога суда у тачном и потпуно утврђеном чињеничном стању налази на оправдање када је у питању окривљени без браниоца или када је то у интересу одбране у кривичном поступку.“³⁶² Спровођење кривичног поступка на основу начела правичности и правила да је терет доказивања на тужиоцу (члан 15 став 2 ЗКП) није препрека за прихватање „лимитираног начела истине“ које се предлаже у правној теорији дефинише да је „право и дужности суда да изведе доказе потребне за утврђивање потпуно и истинитог чињеничног стања, али тако да то буде у оквиру правила да тужилац сноси терет доказивања оптужбе, те под условом да се одбрана томе не противи.“³⁶³

У литератури се указује да иако учешће окривљеног у кривичном поступку у смислу могућности да оспори доказе може врло добро да резултира тачно утврђеном чињеничном стању, у смислу идеје да су „оспорени докази бољи докази“, ипак права учешћа треба да се сагледају примарно као аспекти правичности.³⁶⁴ У случају *Hadjianastassiou v. Greece*, признаје седржавамада уживају приличну слободу приликом избора одговарајућих средстава да свој правосудни систем усагласе са захтевима члана 6 Конвенције, уз контролу ЕСЉП који разматра да ли је усвојени метод у овом погледу довео у датом случају до резултата („могућност да окривљени делотворно остварује права“) који су у складу са Конвенцијом.³⁶⁵ Државе у региону, које су прошле путем „транзиције“, суочиле су се са поступком имплементације из страних законодавстава. Успешно прихватање „правних транспланта“³⁶⁶ захтева критичност и детаљну упоредну анализу законодавстава и услова у

³⁵⁸ Ово проистиче из Савезних правила о доказивању (*Federal Rules of Evidence*), формулације Правила 102 (Rule 102). О томе: М. Шкулић, „Терет доказивања у кривичном поступку“, *Правни живот* бр. 9/2018, стр. 522.

³⁵⁹ *Funk v. United States*, (1933) 290 US 371, 381., доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/371/>, приступљено 15. априла 2019.

³⁶⁰ Т. Weigend (2003), стр. 173.

³⁶¹ Ђ. Лазин, „In dubio pro geo“ у кривичном поступку, Београд 1983, стр. 71.

³⁶² М. Шкулић, „Жалба као редован правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016, стр. 143.

³⁶³ М. Шкулић (2018 а), стр. 529 – 530.

³⁶⁴ К. Vriend, стр. 20.

³⁶⁵ *Hadjianastassiou v. Greece*, ЕСтHR, App. no. 12945/87, 16 December 1992, para 33

³⁶⁶ О појму правних транспланта, њиховом интегрисању и односу са правима окривљеног вид.: Cynthia Alkon, „Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems“,

подручју примене у поступку одлучивања. Критеријуми одабира би пре свега требали дабуду претходна правна традиција државе, шансе за успешну “имплементацију” одговарајућег права, као и подобност “оријентационог права” за конкретну државу.³⁶⁷

Европски суд за људска права по правилу раздваја тачност чињеничног стања од правичног поступка.³⁶⁸ Национални судови цене доказе и релевантност истих, у смислу неопходности за успостављање истине.³⁶⁹ Суд не захтева да се сваки страначки предложени доказ и изводи, те даје националном суду могућност да одбије доказни предлог ако оцени да није од утицаја за разјашњење стања ствари. Ипак, подносилац предлога за извођење доказа мора да поткрепи да доказимају пресудан утицај на исход предмета.³⁷⁰

Доказна активност суда сама по себине онемогућава реализацију начела једнакости „оружја“ у кривичном поступку. Европски суд за људска права цени да ли се о доказима који су прибављени од стране суда расправљало, те да ли је расправа странака о доказима задовољавала захтеве начела једнакости „оружја“. Битно је да је окривљени имао прилику да оспори аутентичност доказа, да се противи њиховом коришћењу, да поставља питања сведоцима оптужбе, да предлаже сведоке у своју корист, те да је у погледу доказа који су се користили у пресуди остварена суштинска равнотежа међу странкама у поступку.³⁷¹

Основне одредабе ЗКП од 2011. године садрже начело материјалне истине. Начело је било изричито прописано у члану 17 његовог претходника, ЗКП од 2001. године у виду дужности „суда и државних органа који учествују у кривичном поступку да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке.“³⁷² Предлагачи ЗКП/2011. године позвали су се на једнакост „оружја“ између јавног тужиоца и окривљеног уз „другачију расподелу одговорности за доказивање чињеница“. Свакако би био погрешан закључак да захтеви правичности неким и неопходним формалноправно елиминисање начела материјалне истине.³⁷³ Законодавац се начелно определио за средства/начине за остваривање начела једнакости „оружја“ која се раније нису користила у кривичном поступку.

Упркос чињеници да елиминисање начело истине, ЗКП/2011. године садржи бројне одредбе којима се путем захтева правичности, али на посредан начин, или мимо захтева правичности, у извесној мери директно, даје значај истини у кривичном поступку. Полазећи између осталог од елемента правичности, утврђена је дужност јавног тужиоца и полиције да непристрасно разјашњавају сумњу о кривичном делу и да испитују чињенице које терете

Transnational Law & Contemporary problems – A Journal of The University of Iowa College of Law, Vol. 19, 2010, стр. 355 – 418.

³⁶⁷ S.Pürner, “Predgovor”, *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*, (prevod dela: Strafprozessordnung – StPO, prevodilac Emina Avdić), Sarajevo, 2011, стр. 11.

³⁶⁸ Судска пракса ЕСЈП, прави разлику између правила о доказивању, која имају епистемичан карактер и чији је циљ тачан резултат и захтева правичности који прилагођавају та правила како би се обезбедило правично одређење исхода поступка. К. Vriend, стр. 14.

³⁶⁹ *Perna v. Italy*, App. no. 48898/99, ECtHR, 6 May 2003, para 29

³⁷⁰ *Gregaćević v. Croatia*, ECtHR, App. 58331/09, 10 October 2012, para 64, *Laukkanen and Manninen v. Finland*, ECtHR, App. no. 50230/99, 3 February 2004, final on 3/5/ 2004, para 36

³⁷¹ Вид.: *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 10862/84, 12 July 1988, para 46 – 49

³⁷² Законик о кривичном поступку *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010

³⁷³ ЗКП Црне Горе на истом месту, у члану 16, прописује начело истине и доношење законите и правичне одлуке, повезујући их са непристрасности органа поступка, те дужност суда у погледу поштовања начела једнакости „оружја“.

окривљеног и иду му у корист са једнаком пажњом, а суд је дужан да са једнаком пажњом утврди чињенице. Критеријум за оцену сврсисходности присуства окривљеног пред другостепеним судом, којим се коригује правило које одражава статусну страначку неједнакост је *“корисност за разјашњење ствари”*.

Осим поменутог, кривично ванпретресно веће у поступку испитивања оптужнице надлежно је да по службеној дужности нареди јавном тужиоцу да ради *бољег разјашњења стања ствари*, истрагу спроведе (у случају непосредног оптужења) или допуни,³⁷⁴ што се у пракси у великој мери и широко остварује, набрајањем и често детаљнијим образлагањем које све доказне радње (неретко и већи број доказних радњи) треба да се предузму. У неким случајевима превазилазе се искључиво оквири начела правичности које би практично подразумевало предузимање радњи у циљу заштите права на одбрану, по иницијативи одбране у одговору на оптужницу или када се цени да интереси одбране нису адекватно заштићени због чега је одбрана пасивна (нпр. кориговање одлуке јавног тужиоца у погледу доказних предлога одбране из истраге, елиминисање незаконитих доказа чијим извођењем је повређено право на одбрану). Поступање ванпретресног већа мотивисано је нормативним разлозима који резултују овим практичним ефектима: обавезна контрола оптужнице по службеној дужности; утврђивање права на изјављивање жалбе (из свих жалбених разлога) окривљеном и браниоцу против решења о потврђивању оптужнице; утврђивање крајње ограничене доказне иницијативе суда на главном претресу, иако је дозвољено изјављивање жалбе против пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања; недозвољавањем жалбе против одлуке о спровођењу истраге. Такође, остваривање надлежности мимо оквира захтева правичности, делом је последица и традиционалне и дубоко укорене тежње суда ка истини, због традиционалне доказне активности суда, централне улоге и дужности суда да истинито и у потпуности утврди релевантне чињенице, те и последично одговорности суда за правилно и потпуно утврђено чињенично стање.

Председник већа има извесно овлашћење да на припремном рочишту поступа по службеној дужности, мимо страначких доказних предлога. Може да нареди прибављање нових доказа за главни претрес, уз ограничење да поступа крећући се у оквирима крајње лимитиране доказне иницијативе суда на главном претресу, те дужности да о томе обавести странке у циљу остваривања права странака на преиспитивање тог доказа, чиме се на својерстан начин успоставља равнотежа поштовања страначких права и тежње да се чињенично стање тачно и потпуно утврди. Суду је на главном претресу дозвољено да одреди извођење доказа само када је то неопходно за *свестрано расправљање* предмета доказивања, чиме му се даје одређена доказна улога, мимо страначке иницијативе, што је атипично чистом/типичном адверзијалном поступку у којем је суд доказно пасиван. Ипак, доказна улога суда је супсидијерна и лимитирана (члан 15 став 4 ЗКП). Условљена је одсуством страначке иницијативе, непоступањем странака по налогу суда и недостацима у изведеним доказима (противречни, нејасни докази). На главном претресу се по дефиницији, у пуној мери остварује једнакост „оружја“, а опредељење законодавца је било да управо ојача и промовише ово начело на тај начин што ће унети адверзијалну конструкцију главног

³⁷⁴ У скраћеном поступку судија појединац надлежан је да приликом контроле оптужног предлога нареди јавном тужиоцу да предузме одређене доказне радње или да прикупи одређене доказе ако утврди да је потребно *„боље разјашњење стања ствари”*.

Иако то није изричито прописано, ова могућност се примењује и у посебном поступку за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења, нарочито у погледу психијатријског вештачења, ако се утврде одређени недостаци у вештачењу (формалне или материјалне природе).

претреса³⁷⁵. Међутим, упркос овој наглашеној тенденцији, председник већа се овлашћује да сена главном претресу умеша у основно, унакрсно или допунско испитивање сведока, што је противно правној концепцији основног и унакрсног испитивања типичних адверзијалних поступака, заснованој на искључиво страначким интересима да покажу пороти да је њихова теза потврђена доказима, те да победе у доказном дуелу и практичним захтевима овог начина испитивања, што је одраз и извесне тежње ка истини, мимо страначких иницијатива, интереса и верзија догађаја (теза), али без формалне дужности суда да утврђује истину по сопственој иницијативи.³⁷⁶ Надовезујући се на претходно наведено овлашћење суда, у правној теорији се указивало да се с обзиром на задржавање жалбеног основа погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, што није ништа друго него „*неистинито чињенично стање*“, може „претпоставити да ће у праксисуд ипак тежити да се колико је могуће, па можда и мимо законских правила „приближи истини или чак покуша да утврди истину“.³⁷⁷ Везаност суда истином ипак опстаје на основу закона. Истину изричито помиње члан 54 Закона о судијама,³⁷⁸ у текстусудијске заклетве: „Заклињем се својом чашћу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, по најбољем знању и умећу и служити само *истини и правди*.“

³⁷⁵ Из праксе Уставног суда цитирамо у делу издвојено мишљење судије Шкулића на одлуку којом су одбачене иницијативе за оцењивање уставности, да је потенцијално неуставан „наглашен адверзијални карактер главног претреса“ и „значајна чак радикална очигледно претерана доказна пасивизација суда“, јер члан 32 став 1 Устава Републике Србије гарантује окривљеном право да *суд расправи о основаности сумње односно оптужби против њега, а не да се „ о томе пред судом расправља“*.

Из издвојеног мишљења на решење Уставног суда ГУз-62/2018 од 18.4.2019. године, доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 8. августа 2019

³⁷⁶ У правној теорији се ово решење свеобухватно разматра и уочавају се темељне контрадикторности. Запажа се да се овим овлашћењем председника већа на главном претресу „без неког посебног образложења „квари“ чиста концепција страначког испитивања сведока“; а да „таква могућност постаје прилично бесмислена“, јер уопште није повезана и са „потребом да суд (што би било у складу са класичним начелом истине, које је иманентно типичним кривичнопроцесним системима) увек официјелно и мимо страначке иницијативе изводи све доказе који су потребни за утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања“ (М. Шкулић (2019 а), стр. 35.

³⁷⁷ М. Шкулић (2016 а), стр. 129.

³⁷⁸ Закон о судијама, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС и 47/2017

ДРУГО ПОГЛАВЉЕ

ЈЕДНАКОСТ „ОРУЖЈА“ И ОСНОВНИ ИНСТИТУТИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Основне одредбе и институти кривичног поступка имају своје темеље у Уставу Републике Србије – У РС.³⁷⁹ Основно начело Устава је владавина права која се остварује уставним гаранцијама *непосредно примењивих* људских права (право на правично суђење, посебна права окривљеног, правна сигурност у казненем поступку, право на једнаку заштиту права и на правно средство), поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону. Устав изричито предвиђа обавезу државе да тумачи одредбе о људским правима према „важећим међународним стандардима људских права“ и „пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“ (члан 18 став 3 У РС).

Устав и Законик о кривичном поступку не предвиђају посебно начело једнакости „оружја“ у кривичном поступку, али захтеви и садржина начела проналазе се у уставним и законским начелима и правилима, те у одлукама Уставног суда које се изричито позивају на начело, стандарде из ЕКЉП и њихово тумачење у пракси ЕСЉП.

Сврха уставних јемстава неотуђивих људских права је, према члану 19 У РС, очување људског достојанства и остварење пуне слободе и *једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву заснованом на начелу владавине права*.

Гаранција права на једнаку заштиту права садржана је у члану 36 став 1 У РС у смислу јемчења „једнаке заштите права пред судовима и другим државним органима“. Комитет за људска права под појмом „једнакост пред судовима и трибуналима“ обухвата једнак приступ, „једнакост оружја“ и поступање без дискриминације, истичући да „једнакост оружја“ значи да иста процесна права треба да се обезбеде за све странке, осим уколико су разлике: 1. *засноване на праву* 2. могу се оправдати *објективним и разумним основама*, 3. *не садрже стварни недостатак или другу неправичност* за окривљеног.³⁸⁰ Једнакост се дефинише као релативна процесна једнакост.

Устав у члану 18 став 2 допушта да закон пропише начин остваривања људских права под условом да: 1. Уставто изричито предвиђа или је *неопходно за остваривање појединог права због његове природе* 2. *закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права*. Дозвољено је да се људска права ограниче законом ако су испуњени општи услови предвиђени Уставом, али тада се достигнути ниво људских права не може смањивати (члан 20 У РС). Из повреда или ускраћивања права на правично суђење према члану 22 У РС произлази правна последица у виду: 1. *права на судску заштиту и на уклањање последица* (контрола уставности и законитости из члана 168 У РС, уставна жалба из члана 170 У РС,³⁸¹ захтев за заштиту законитости из члана 485 став 1 тачка 2 и 3 ЗКП, правна средства

³⁷⁹ Службени гласник РС бр. 98/2006

³⁸⁰ Human rights Committee, Ninetieth session, Geneva, 9 to 27 July 2007., General Comment No. 32, *Article 14 Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, 3.,
доступно на <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>, приступљено 1. септембра 2018.

³⁸¹ Уставни суд се у одлукама по уставној жалби позива на начело једнакости „оружја“. Примењује Конвенцију као средство „*res interpretata*“. Вид.: Ивана Крстић, Танасије Маринковић, *Европско право људских права*, Савет Европе, Београд 2016, стр. 271.

за заштиту права на суђења у разумном року³⁸²); 2. право грађана да се *обрате међународним институцијама* ради заштите права.

Законик о кривичном поступку се описује као „основни сеизмограф слобода и права човека“, који мора да буде такав да „сведе на најмању могућу меру произвољност и самовољу у примени одређене норме услед њене непрецизности.“³⁸³ Закључак је у складу са заштитном функцијом односно циљем процесних правила („заштите окривљеног од злоупотребе власти“³⁸⁴). Правично спроведен поступак, у складу са одредбом члана 1 ЗКП, подразумева поред прецизног нормативног уређења захтева права на правично суђење и примену одредаба Законика на начин да се задовоље захтеви правичности у конкретном предмету.

Европски суд за људска права тумачењем Конвенције формулише захтеве правичности „упркос разликама међу европским државама, које се на општи начин могу описати као особености у правној култури, политичкој култури и процесној традицији“.³⁸⁵ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода усвојена је у Риму, 4. новембра 1950. године (ступила на снагу 3. септембра 1953. године). Државна Заједница Србија и Црна Гора ратификовала је Конвенцију 26. децембра 2003. године (ступила на снагу 3. марта 2004. године). Суштину Конвенције сликовито описује „мисао француског посланика Филипа (*Philipa*) да појединац, па био он најјаднији и најслабији, може да се обрати Суду, пред којим ће бити једнак с највећом од држава и најмоћнијом међу владама.“³⁸⁶

1. Извори права

Судови суде „на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“ (члан 142 став 2 У РС).³⁸⁷ Најважнији извори начела и правила којаштите остваривање начела једнакости „оружја“ у кривичном поступку су: 1. Устав Републике Србије; 2. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода; 3. Законик о кривичном поступку; 4. допунски закони: Закон о јавном тужилаштву, Закон о полицији, Закон о судијама и Закон о адвокатури; 4. међународноправни документи: Универзална декларација о људским правима и Међународни пакт о грађанским и политичким правима.

³⁸² члан 3 Закона о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015

³⁸³ Станко Бејатовић, „Законска норма као претпоставка ефикасности поступања јавног тужиоца у кривичним стварима“, *Улога јавног тужиоца у правном систему, са посебним освртом на проблематику ефикасности кривичног поступка и малолетничку делинквенцију* (ур. Милан Шкулић, Ивана Стевановић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009, стр. 234.

³⁸⁴ *Coëme and Others v. Belgium*, ECtHR, App. nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22 June 2000, final on 18/10/2002, para 102

³⁸⁵ На разлике међу државама указује Робертс (*Roberts*) узимајући за пример Енглеску и Холандију: правна култура (енглески популарни прагматизам насупрот холандској законитости у правној држави), политичка култура (енглески индивидуализам и сумња у државу, насупрот холандском постизању консензуса и друштвене солидарности), процесна традиција (енглески адверсаријализам насупрот холандском хијерархијском надзору). Paul Roberts, „On method: The Anscent of Comparative Criminal Justice“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, 3/ 2002, стр. 543.

³⁸⁶ Д. Поповић (2017), стр. 11.

³⁸⁷ Према члану 145 став 2 и члану 156 став 2 У РС, судске одлуке се заснивају, а јавно тужилаштво врши своју функцију на основу Устава, закона, потврђеног међународног уговора и прописа донетог на основу закона.“

Када је реч о ограничењима права на одбрану (која могу имати реперкусије на остваривање начела), Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала указује на значај неугрожавања права на одбрану и начела законитости у вези сапругањем заштите сведоцима у доказном поступку. Иако немају карактер извора права, већ спадају у тзв. „меко право“, поједине препоруке Савета Европе значајне су за питање ограничења права на одбрану због потребе заштите сведока од застрашивања и заштите посебно осетљивих сведока, те остваривање неопходне равнотеже између легитимних интереса у кривичном поступку односно „заштитних механизма и права одбране“³⁸⁸, на којој се заснива начело једнакост „оружја“.

1.1. Устав Републике Србије

Устав РС у члану³² став 1 гарантује право на правично суђење.³⁸⁹ Право обухвата право окривљеног да суд³⁹⁰ *независтан, непристрасан и претходно законски установљен, правично* и у разумном року јавно расправи и одлучи о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.³⁹¹ У ставу 2, јемчи се право на бесплатног преводиоца, ако окривљени не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду и право на бесплатног тумача, ако је слеп, глув или нем. Могућност искључења јавности (потпуно или делимично), у ставу 3, дозвољена је ради заштите изричито наведених легитимних интереса (заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, интереса малолетника или приватности учесника у поступку, у складу са законом).

Иако се право на правично суђење дословно односи на поступак пред судом, захтеви начела важни су и у истрази и имају практичне последице. Због природе и сврхе ове фазе, примена начела јеспецифична и правдају се у одређеној мери ограничења права на одбрану. Ово тумачење у складу је са сегментима права на правично суђење (право на ћутање, привилегија против самоинкриминације) који јачају положај окривљеног, јемчењем посебних права окривљеног, која се не односе искључиво на поступак пред судом, тумачењем предлагача ЗКП (изричито позивање на примену начела једнакости „оружја“ у

³⁸⁸ М. Шкулић, *Организовани криминалитет – Појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018, стр. 630.

³⁸⁹ Право се у теорији уставног права према свом предмету, односно сфери људске личности коју штити сврстава у лична права у правним поступцима. Вид: Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Девето поправљено и осавременењено издање, ИП Јустинијан, Београд 2004, стр. 582, 586.

³⁹⁰ Важне гаранције за начело правичности су судске гаранције: начела судства – самосталност и независност, уставност, законитост, јавно расправљање пред судом, зборност (члан 142 У РС), сталност судијске функције (члан 146 У РС), независност судије (члан 149 У РС), непреместивост судије (члан 150 У РС) и неспојивост судијске функције (члан 152 У РС).

³⁹¹ Од ступања на снагу ЗКП од 2011. године, истрага се не покреће по захтеву јавног тужиоца, већ његовом одлуком – наредбом за спровођење истраге. Устав РС, за разлику од члана 6 став 1 Конвенције, искључиво предвиђа надлежност суда за одлучивање о основаности сумње. Конвенција користи формулацију „одлучивање о кривичној оптужби“, те не предвиђа искључиво надлежност суда. С обзиром на то да према ЗКП јавни тужилац одлучује о спровођењу истраге и започиње кривични поступак, у правној теорији и пракси истиче се „неуставни карактер спровођења истраге и доказне пасивности суда.“ Вид: М. Шкулић, „Противуставни карактер новог Законика о кривичном поступку“, *Правни живот* 9/12, стр. 774.

истрази), те аутономним појмом „оптужбе“ у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода. Начелне гаранције јавног тужилаштва прописане су Уставом.³⁹²

Устав у члану 33 гарантује посебна права окривљеног: 1). *право на информисаност* о природи и разлозима *дела* које му се ставља на терет као и *доказима* прикупљеним против њега (у најкраћем року, у складу са законом, подробно и на језику који разуме); 2). *право на одбрану, право на браниоца по избору, право на несметано општење са браниоцем, на примерено време и одговарајуће услове за припрему одбране*; 3). *право на бесплатног браниоца* (ако не може да сноси његове трошкове и ако то захтева интерес правичности у складу са законом); 4). *право доступног окривљеног на суђење у присуству и немогућност кажњавања окривљеног у одсуству (право да буде саслушан и да се брани)*; 5). *право да износи доказе у своју корист* (лично или преко браниоца), *да испитује сведоке оптужбе*³⁹³ и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, *испитују и сведоци одбране*; 6). *право да му се суди без одуговлачења*; 7). *одсуство дужности да даје исказе против себе или против лица блиских себи и да призна кривицу*.

Претпоставка невиности јемчи се, у члану 34 став 3 У РС, у оквиру гаранција правне сигурности у казненом праву. Под гарацијом право на једнаку заштиту права и на правно средство, у члану 36 У РС, јемчи се једнака заштита права пред судовима.

Устав, у члану 67, јемчи: 1). *право на правну помоћ под условима одређеним законом* 2). *да правну помоћ пружа самостална и независна служба адвокатури, као и службе правне помоћи у јединицама локалне самоуправе* 3). *да правна помоћ може да буде бесплатна у складу са законом*.

Уставни суд употребљава појам „*једнакости средстава*“ да би означио начело једнакости „оружја“, те доводи у везу примену начела са садржајем права на правично суђење према пракси ЕСЈП, правом на образложену одлуку и правима на одбрану.³⁹⁴ Повреду начела једнакости „оружја“ испитује у вези са доказним предлозима, а према одредби члана 32 став 1 и члана 33 став 5 У РС, позивајући се и на ставове ЕСЈП у погледу „слободног простора“ за државу.³⁹⁵ Уставни суд примењује аналитичка средства ЕСЈП за оцену да ли постоји повреда уставом зајемченог права на правично суђење.³⁹⁶

³⁹² Положај и надлежност (члан 156 У РС) и неспојивост тужилачке функције (члан 163 У РС).

³⁹³ У истрази осумњичени и његов бранилац примарно постављају питања сведоку преко јавног тужиоца, а искључиво по његовом одобрењу непосредно. У правној теорији се примећује да Устав сужава ову гаранцију у односу на ЕКЈП која оптуженом гарантује да „сам испитује или захтева испитивање сведока оптужбе“, те се закључује да је „свако ускраћивање окривљеном права да непосредно постави питање сведоку потенцијално неуставно“. В. Бајовић, „Начело непосредности као парадигма правичности и расправног процесног модела“, *Harmonius– Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2020, стр. 22.

³⁹⁴“Суд налази да првостепени суд *није дао уставноправно прихватљиве разлоге* због којих није усвојио ниједан предлог окривљеног ради саслушања сведока одбране, већ су на главном претресу саслушани само сведоци оптужбе, нити зашто је одбио његов предлог за извођење доказа читањем писмена..... Уставни суд сматра да судови нису дали довољне и прихватљиве разлоге зашто су током поступка одбијени предлози подносиоца као окривљеног да се саслушају сведоци одбране, па су такве процесне одлуке довеле у питање његово *право на одбрану*“. Из одлуке Уставног суда РС Уж 66/2010 од 2.7.2012. године, 5., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 10. фебруара 2018.

³⁹⁵ Уставни суд наглашава да сагласно пракси и ставовима како овога суда, тако и ЕСЈП, „право на правично суђење и право на одбрану у кривичном поступку не значе гаранцију да ће током судског поступка бити изведени сви доказни предлози окривљеног, као и да ће суд поклонити веру свим доказима одбране, већ да, суд у сваком конкретном случају цени да ли је и које доказе потребно извести ради потпуног и правилног

Доктрина примећује да се једнакост пред судовима (једнака заштита права пред судовима у смислу члана 36 став 1 У РС), као елемент правичног поступка, постиже и преференцијалним третманом слабије кривичнопроцесне странке.³⁹⁷

1.2. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, регионални документ о људским правима и инструмент заштите људских права, део је правног система Републике Србије.³⁹⁸ На основу Устава, ЕКЉП има „надзаконску правну снагу“, а ставовима Уставног суда јој је признат „квази – уставни значај, те постоје уставне претпоставке да судови и други органи јавне власти непосредно примењују њене одредбе и да их тумаче у складу са јуриспруденцијом Европског суда.“³⁹⁹ Пресуде ЕСЉП су „обавезујући преседани, па сходно томе имају карактер обавезујућих правних норми.“⁴⁰⁰

Приписује јој се да је најважнији документ о људским правима с обзиром на то да је омогућила да појединац стекне субјективитет у области људских права, да се може рећи да је по праву Конвенције међународна заштита људских права „најпотпуније и систематски развијена, те да је постала истински пан – европски систем пружајући судски приступ заштити основних људских права.“⁴⁰¹ Преамбула Конвенције позива се на Универзалну Декларацију о људским правима, њен циљ („обезбеђење *општег* и *делотворног признања* и *поштовања* прокламованих права“) и циљ Савета Европе („постизање већег јединства између његових чланица“), те обавезу влада европских земаља да „предузму прве кораке за заједничко остваривање извесних права наведених у Универзалној декларацији“.

Две основне дужности држава потписница у материјалном смислу су *гарантовање* људских права (обавеза *јемчења* права и слобода одређених Конвенцијом), као *ипримена* и *остваривање* људских права. У судској пракси ЕСЉП развијено је начело *позитивне обавезе државе* да предузме мере у циљу примене Конвенције. Држава је дужна да обезбеди ефективна и делотворна права окривљеног на одбрану. У сваком случају посебно, у

утврђења чињеничног стања, као и којим доказима ће поклонити веру, а којим не, а у пресуди је дужан да изведене доказе оцени и образложи свој став у погледу утврђеног чињеничног стања“. Из одлуке Уставног суда РС Уж-431/2014 од 24. новембра 2016. године, 6.3.,

доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 10. фебруара 2018.

³⁹⁶ У одлуци Уставног суда РС Уж 2768/2009 од 13. јуна 2012. године, тачка 6, употребљавају се „сагледавање кривичног поступка у целини“, „уравнотежење интереса“, правило „искључивог или одлучујућег доказа“, док се у одлуци Уставног суда РС Уж 66/2010 од 2.07.2012. године, тачка 5, ценида ли је окривљеном било омогућено да равноправно учествује у поступку у целини, те да ли је другостепени суд *отклонио пропусте* у поступку пред првостепеним судом. Доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 21. јула 2019.

³⁹⁷ С. Кнежевић, *Кривично процесно право – Општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2015, стр. 93.

³⁹⁸ Конвенцију је ратификовала Државна заједница Србије и Црне Горе 3. марта 2004. године, Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењене у складу са Протоколом 11 и Протокола број 4, 6, 7, 12, 13, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.

³⁹⁹ И. Крстић, Т. Маринковић, стр. 262.

⁴⁰⁰ Милан Пауновић, Славољуб Царић, *Европски суд за људска права – Надлежност и поступак*, Друго измењено и допуњено издање, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2007, стр. 102.

⁴⁰¹ С. Ovey, R. White, стр. 3.

зависности од свих околности у међусобној вези, Суд налази да ли је држава била дужна да предузме позитивне мере да окривљени делотворно ужива права.⁴⁰² Поповић објашњава да ако ЕСЉП цени позитивну обавезу државе (њено постојање, опсег и садржај), „узима у обзир и јавне и приватне интересе, тежећи при томе да утврди да ли је у понашању државних органа међу тим интересима успостављена „правична равнотежа““.⁴⁰³ Негативна обавеза државе огледа се у забрани поступања и понашања на начин да се угрожавају и повређују основна права, захтеви и гаранције права на правично суђење.

Механизам заштите основних људских права установљен Конвенцијом је супсидијеран, што значи да захтева претходно исцрпљивање „националног правног пута за заштиту људских права.“⁴⁰⁴ Пре обраћања Суду треба да буду исцрпљена сва делотворна правна средства у правном систему државе потписнице. Установљена је обавеза повиновања држава потписница правоснажној пресуди Суда, у сваком предмету у коме су странке (члан 46 Конвенције).⁴⁰⁵

Конвенција прописује минималне стандарде права на правично суђење. Европски суд за људска права даје аутономно тумачење начела једнакости „оружја“, претпоставке невиности, непристрасаног суда, права на браниоца, оптужбе, те делотворног учествовања окривљеног у кривичном поступку.

1.3. Закони

Законик о кривичном поступку одређује да је правично спроведен поступак циљни начин вођења кривичног поступка (члан 1), али не прописује изричито начело једнакости „оружја“. Ипак, поједине одредбе указују на важеће начело.⁴⁰⁶ Једнаки услови за странке произлазе из дужности пружања помоћи учеснику у поступку (члан 19 ЗКП) и права окривљеног на испитивање сведока (члан 68 став 1 тачка 10 ЗКП). Одредбе правила су, иако садрже захтеве других начела (пре свега начела расправности) или засебне елементе начела правичности, темељно односно предуслови и средства за остваривање начела.

Дужност непристрасности јавног тужиоца и да са једнаком пажњом испитује чињенице „против“ и „у корист“ окривљеног из одредбе члана 6 став 4 ЗКП омогућава фер поступак и доводи у равнотежу прерогативе јавног тужиоца као државног органа са правима окривљеног. Особеност је континентално – европског законодавства. У фази истраге, штити се процесним правима, средствима и механизмима који су на располагању одбрани. У

⁴⁰² *Czekalla v. Portugal*, ЕСтНР, App. no. 38830/97, 10 October 2002, final on 10/1/2003, para 66, 68

⁴⁰³ Д. Поповић (2017), стр. 29.

⁴⁰⁴ Д. Поповић, *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд 2016, стр. 44.

⁴⁰⁵ Шкулић објашњава одсуство аутоматског касационог дејства одлука Суда у односу на правоснажну кривичну пресуду, што узрокује дужност државе да пропише „посебне процесне механизме“ који омогућавају „оживотворење одлуке“ Суда. М. Шкулић (2020 а), стр. 40.

⁴⁰⁶ Примери одредаба су: присуство доказним радњама у истрази (члан 300 ЗКП), прикупљање доказа и материјала у корист одбране (члан 301 ЗКП), предузимање доказних радњи у корист одбране (члан 302 ЗКП), упознавање са прикупљеним доказима из истраге (члан 303 ЗКП), припремно рочиште и његове потфазе (члан 345, члан 349, члан 350 ЗКП), предлагање доказа у фази припрема за главни претрес (члан 356 ЗКП), уводна излагања и предлагање доказа на главном претресу (члан 393, члан 395 ЗКП), редослед извођења доказа (члан 396 ЗКП), те поступак извођења доказа на главном претресу и ван главног претреса (члан 402 – 406, члан 411 ЗКП). Вид.: Горан П. Илић *et al.* (2018), стр. 48.

судској фази кривичног поступка, у поступку одлучивања о изузећу, контролише се непристрасност исудије и заменика јавног тужиоца (члан 37 став 2 ЗКП, члан 42 став 2 ЗКП).

Основи и инструменти за остваривање једнакости „оружја“ су претпоставка невиности, правило суђења у присуству, поуке о правима, право на избор браниоца, обавезна одбрана, одбрана сиромашног, разрешење браниоца, процесни субјект стручни саветник, те право на правни лек.

Закон о јавном тужилаштву – ЗЈТ⁴⁰⁷ прописује непристрасно вршење функције јавног тужиоца (члан 46 ЗЈТ). Начела у вршењу јавно тужилачке функције су: стручност, савесност, непристрасност, правичност, вршење функције без непотребног одлагања, заштита оштећених и спречавање дискриминације (члан 10 ЗЈТ). Јавно тужилачка функција се врши у јавном интересу, ради обезбеђивања примене Устава и закона, уз захтев за обезбеђење поштовања људских права и основних слобода (члан 46 ЗЈТ). Непристрасност је, у смислу одредбе члана 6 став 4 ЗКП и члана 46 ЗЈТ, захтев правичног вођења поступка. Посебан значај има у истрази.⁴⁰⁸ Основна гаранција за остваривање непристрасности јавног тужиоца су самосталност у раду у односу на носиоце извршне и законодавне власти и захтеви који из самосталности произилазе (забрана недозвољеног утицаја, забрана политичког деловања, послови, функције и приватни интереси неспојиви са јавном функцијом и материјална независност). Одговорност за штету проузроковану незаконитим и неправилним радом, сходно члану 52 ЗЈТ, сноси држава уз могућност регресирања условљену законски прописаним обликом кривице јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца.

Закон о полицији – ЗП⁴⁰⁹ у одредби члана 67 став 1 и 2, предвиђа дужност непристрасности у примени полицијских овлашћења, једнаку законску заштиту, као и дужност поштовања људских права и слобода грађана. Непристрасност полиције, те једнако поступање у односу на доказе важни су у истрази приликом поверавања доказних радњи полицији од стране јавног тужиоца на основу одредбе члана 299 став 4 ЗКП. Примењује се право присуства осумњиченог и браниоца (члан 300 став 3 ЗКП).

Закон о судијама садржи начела независности, сталности и непреместивости, одржавања поверења у независност и непристрасност и материјалне независности. Појам непристрасности обухвата вођење поступка по савести, у складу са властитом проценом чињеница и тумачења права, уз обезбеђење правичног суђења и поштовање процесних права странака гарантованих Уставом, законом и међународним актима (члан 3 став 2 ЗС). Гаранција независности и непристрасности је одређивање неспојивости служби, послова и поступака са дужношћу судије. Према члану 6 ЗС, држава је одговорна за штету проузроковану незаконитим и неправилним радом судије. Могућност регресирања исплаћеног износа од судије условљена је утврђеном повредом људског права и законски прописаним обликом кривице судије.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Закон о јавном тужилаштву, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 – одлука УС.

⁴⁰⁸ У правној науци се наглашава да је једно од начела на којима мора да се заснива тужилачки концепт истраге „дуно поштовање међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног и других субјеката истраге“. С. Бејатовић (2009), стр. 231 – 232.

⁴⁰⁹ *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018

⁴¹⁰ Примењује се, према члану 6 став 3 ЗС, ако је одлуком ЕСЈП „утврђено кршење људских права током судског поступка или је пресуда изостала због кршења права на суђење у разумном року и ако је штета учињена намерно.“

Закон о адвокатури – ЗА⁴¹¹ прописује гаранције независности и самосталности адвокатуре и дужности адвоката, основе за ефикасно пружање правној помоћи окривљеном у одбрани. Без испуњења адвокатских дужности, окривљени, у односу на јавног тужиоца, нема једнаку могућност да утиче на ток кривичног поступка. Адвокат је дужан да правну помоћ пружа стручно, савесно, законито и правилно (члан 15 став 1 тачка 2 ЗА).⁴¹² С тим у везије и правило о неспојивости послова адвоката са угледом и независношћу адвокатуре (члан 21 ЗА). Додатно, потребно је имати у виду дужност адвоката која се састоји у стицању и усавршавању знања и вештина за обављање адвокатске службе (члан 17 став 1 ЗА). У погледу оцене савесности адвоката, важна је процена понашања адвоката у животу и раду према општеприхваћеним моралним нормама и кодексу (члан 6 став 2 ЗА). Постављени бранилац, не само да не сме, сем у изузетним случајевима, да одбије пружање правне помоћи окривљеном (члан 18 став 2 ЗА), већ мора правну помоћ да пружа благовремено, како је то предвиђено ЗКП – ом.⁴¹³

У погледу припремања одбране, значајно је право на приступ информацијама, списима и доказима у поседу и под контролом државних органа, установа и других организација из члана 36 ЗА. Право на приступ информацијама подразумева право адвоката да тражи и благовремено добије информације, списе и доказе и остварује се у складу са законом.

1.4. Међународноправни документи

Универзална декларација о људским правима, усвојена 10. децембра 1948. године, први је темељни међународноправни документ који прокламује, у члану 10, да је индивидуално људско право *потпуно једнако право* на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о основаности кривичне оптужбе. Препознаје једнакост у правима гарантујући претходно, у члану 7, једнакост пред законом, право на подједнаку заштиту закона, те право на једнаку заштиту против било какве дискриминације. Потпуно једнако право подразумева уопштено једнаку припадност права и заштиту права. Декларација гарантује у члану 11 претпоставку невиности, као посебно право, повезујући њено трајање са гаранцијом јавног претреса и обезбеђењем свих јемстава потребним за одбрану окривљеног. Везивање претпоставке невиности за појединачне, минималне гаранције права на одбрану, видљиво је у ранијој пракси ЕСЉП.⁴¹⁴ Декларација прокламује и право на делотворан правни лек пред судовима због кршења основних права признатих уставом и законима (члан 8).

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен 16. децембра 1966. године (ступио на снагу 23. марта 1976. године), у члану 14 став 1, након гаранције једнакости пред судовима⁴¹⁵, прокламује грађанска права на правично и јавно суђење, независан,

⁴¹¹ *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012 – одлука УС

⁴¹² Лакше и теже повреде дужности адвоката и угледа адвокатуре уређене су Статутом Адвокатске коморе Србије, а Закон о адвокатури поједине повреде нарочито издваја (члан 75 ЗА).

⁴¹³ Закон о адвокатури не предвиђа појам поступања без одлагања и благовременог поступања, прописан одредбама члана 72 став 1 и 2 ЗКП.

⁴¹⁴ Вид.: *Barberà, Messegueé and Jabardo v. Spain*, ECtHR, App. no. 10590/83, 6 December 1988, para 77

⁴¹⁵ У научним радовима једнакости пред судовима приписује се карактер етичке норме чију правну еманаацију чине начела једнакости оружја, терета доказивања, стандарда доказивања, *in dubio pro reo* и претпоставке невиности. Светлана Ненадић, *Претпоставка невиности као људско право са посебним освртом на праксу*

непристрасан и законом установљен суд, који ће одлучивати о основаности ма какве оптужбе кривично – правне природе. Пакт, уставу другом поменутог члана, одвојено гарантује претпоставку невиности, док, у трећем ставу, једнакост права окривљеног везује за шире дефинисане минималне појединачне гаранције права на одбрану („потпуно једнако право на јемства“): право на информисаност; право да има довољно времена и могућности на располагању за припрему своје одбране; право да му се суди без непотребног одуговлачења; право да буде присутан на суђењу; право да се брани сам или уз помоћ браниоца; право на правну помоћ, право на „суочење“ (да испитује или да постигне да се испитају сведоци оптужбе и да постигне да приступе суду и буду саслушани сведоци у његову корист под истим условима као и сведоци оптужбе); право на бесплатног тумача и право да не буде приморан да сведочи против себе или да призна кривицу.

У погледу ограничења права на одбрану значајна је *Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала*⁴¹⁶ која у члану 24 прописује обавезу државе да предузме делотворне мере за заштиту сведока од могуће одмазде или застрашивања. Мере обухватају „без утицаја на право окривљеног“ и нормативно уређење доказног поступка које обезбеђује сигурност сведока (коришћење видео линкова или других адекватних средстава комуникационе технологије).

Декларација УН основних правних принципа за жртве кривичних дела и злоупотребе моћи од 29. новембра 1985. године, наводи како процесна права жртве (оштећеног) тако и опште право жртве којеправда ограничења права окривљеног.

Од препорука Савета Европе, у контексту успостављања равнотеже између заштите оштећених и сведока од застрашивања и ризика освете, интереса превенције вршења кривичних дела и заштите права окривљеног на правично суђење, посебан значај имају: *Препорука о положају жртве у оквиру кривичног права и кривичног поступка*⁴¹⁷ од 28. јуна 1985. године и *Препорука о застрашивању сведока и правима одбране*⁴¹⁸ од 10. септембра 1997. године. Суштина начела једнакости „оружја“ управо је у обезбеђивању равнотеже легитимних интереса у демократском друштву. *Препорука Савета министара о улози јавног тужиоца у систему кривичног правосуђа*,⁴¹⁹ усвојена 6. октобра 2000. године, важна је са аспекта захтева начела правичности упућених јавном тужиоцу.

2. Основне одредбе Закона о кривичном поступку

Законик о кривичном поступку од 2006. године, који је ступио на правну снагу иако је његова целовита примена одлагана, те је стављен ван снаге (нарочито имајући у виду да нису били испуњени формални и фактички услови за спровођење јавнотужилачке истраге), први пут у наше кривично процесно законодавство експлицитно уводи захтев правично спроведеног поступка. Сагласно новом Уставу Републике Србије (праву на правично суђење из члана 32 став 1, правној сигурности из члана 34 и владавини права из члана 3 Устава), као и међународноправним стандардима, утврђивао је у првом члану да је циљ поступка (сврха

Европског суда за људска права, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2020, стр. 8.

⁴¹⁶ Закон о потврђивању конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001

⁴¹⁷ CM/Rec No. R (85) 11 *on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure*, 28 June 1985

⁴¹⁸ CM/Rec. No. R (97) 13 *concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence*, 10 September 1997

⁴¹⁹ CM/Rec (2000) 19 *on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System*, 6 October 2000

Законика) правично вођење кривичног поступка уз истовремене захтеве да „нико невин не буде осуђен“, сегмент права на правично суђење, и да се кривична санкција може изрећи у складу са материјалним кривичним правом („под условима предвиђеним Кривичним закоником“) и кривичним процесним правом („законито спроведеним поступком“), захтевзаконитости одлучивања и поступања.

Објашњавало се да законска формулација указује на два равноправна циља, да правично суђење мора бити у границама закона, што подразумева да су правичност и легалност „корелативни појмови односно међусобно повезани захтеви“.⁴²⁰ Законик је истим правилом утврђивао начела истине и правичности (члан 13 ЗКП), два циља кривичног поступка, на који начин се сагласно континентално – европској традицији, овим начелима приписивала једнака важност, вредност и значај у кривичном поступку⁴²¹. Сагласно уређењу, за истином се трага у оквирима закона (материјалног и процесног), правичног суђења и права на одбрану. Начело истине дефинисано је прописивањем дужности суда, као и других државних органа који учествују у кривичном поступку да „истинито и потпуно утврде“ битне чињенице за доношење законите одлуке. Начело правичности наметало је суду и државним органима дужност једнаке пажње приликом испитивања и утврђивања чињеница „које терете окривљеног“, и оних „које му иду у прилог“. Законик је садржао и бројна правила о елементима и гаранцијама права на правично суђење (пре свега претпоставку невиности и правило „у сумњи у корист окривљеног“, суђење о разумном року), правило о правима на одбрану и правима лица лишених слободе, правило о благовременим поукама, као и правило о минималним ограничењима права и слободаокривљеног.

Законик о кривичном поступку од 2011. године, у општем смислу наводи захтев „правично спроведеног поступка“. Утврђујеу првом члану да је циљ правила да нико невин не буде осуђен испуњење захтевзаконитости у материјалном смислу, изрицање кривичне санкције под условима који су прописани кривичним законом, на основу „законито и правично спроведеног поступка“.⁴²² Праву на правично суђење приписује се да је стожер „европског концепта кривичног поступка“, чији је замајац Европска конвенција за заштиту људских права и слобода⁴²³.

Законик о кривичном поступку који се претходно примењивао, иако је прописивао права окривљеног, односно осумњиченог, истицао је начело „законито спроведеног поступка“које је подразумевало поступање у складу са законским правима

⁴²⁰ М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2007, стр. 18.

⁴²¹ Овај начин утврђивања правичног вођења поступка, у општем смислу (циљ кривичног поступка) и посебном (у вези начела истине), у основи је настављен у законодавству Црне Горе. Законодавац међутим, додатно издваја елемент/аспект правичног поступка – начело једнакости „оружја“ дефинишући га као дужност суда да обезбеди једнаке услове странкама и браниоцу у погледу „предлагања доказа и приступа њиховом извођењу“. М. Škulić (2012 a), стр. 84.

Законик о кривичном поступку Црне Горе, у члану 1, садржи скоро исту формулацију (уз незнатне правно – техничке измене) циља Законика, док у члану 16, у којем истовремено истиче и дефинише начела истине и правичности, у ставу првом одређује начело истине уз допуну да су предмет истинитог и потпуног утврђивања важне чињенице за доношење „законите и правичне одлуке“, што указује на потпуна (двострука) ограничења начела истине. У ставу другом поменутог члана позива се у суштини на начело једнакости „оружја“ одређујући га у смислу дужности суда да обезбеди једнаке услове странкама и браниоцу, што се односи на предлагање доказа, приступ доказима и извођење доказа.

⁴²² Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019

⁴²³ Горан П. Илић *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Десето измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018, стр. 25 – 26.

окривљеног.⁴²⁴ Законито поступање обухватало је и поштовање правила којима се штитиправично суђење и права на одбрану. Правично вођење поступка, према важећем решењу, имплицитно је садржано у дужности непристрасности државних органа (полиције и јавног тужиоца) и суда. Дужност непристрасног поступања јавног тужиоца одређена је у оквиру „законитости кривичног гоњења“ (члан 6 ЗКП) и подразумева дужност да непристрасно разјасни сумњу о кривичном делу и да испитује са једнаком пажњом чињенице „које терете окривљеног“ и „које му иду у корист“. Дужност непристрасности суда регулише се у вези „оцене доказа и утврђивања чињеница“ (члан 16 ЗКП), у виду дужности да оцена изведених доказа буде непристрасна, те да на основу тих доказа суд са једнаком пажњом утврди чињенице које терете окривљеног или му иду у корист.

Бројне основне одредбе упућују на дужности овлашћених тужилаца и права окривљеног у кривичном поступку којима се доводи у правичну равнотежу положај странака. У даљем тесту анализирамо законско уређење, појам, садржину, те практичну примену у кривичном поступку: претпоставке невиности (члан 3 ЗКП), непристрасности органа поступка (члан 6 став 4 и члан 68 став 1 тачка 5), поука о правима (члан 8 ЗКП), дужности пружања помоћи учесника у поступку (члан 19 ЗКП), суђења у присуству окривљеног (члан 13 ЗКП) и права на правну помоћ.

2.1. Претпоставка невиности и начело једнакости „оружја“

Декларација права човека и грађанина прокламује да је претпоставка невиности једно од „природних, неотуђивих и светих права човека, које подсећа непрестано на права и дужности.“⁴²⁵ У овом континентално – европском правном документу, претпоставка невиности добија на значају као средство ограничења апсолутне, арбитрерне државне власти. Одређује се на исти начин као и у међународно – правним документима о људским правима. Приписује јој се двоструки израз, принцип да се према окривљеном сачува поштовање личности, те поступање без предрасуда и предубеђења о кривици.⁴²⁶ Последица важења претпоставке невиности су одлике законитости, нужности и сразмерности (забрана прекомерне принуде) притвора и гаранције заштите личности окривљеног.⁴²⁷ Њено дејство проширује се и на одлучивање о видовима ограничења права на одбрану. Фундаментална је за заштиту основних људских права.

Суштину претпоставке невиности одсликава опис у правној теорији да је заштитна процесна гаранција положаја окривљеног у кривичном поступку.⁴²⁸ Наша

⁴²⁴ *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010.

⁴²⁵ члан 9 у вези члана 1 Декларације права човека и грађанина од 28. августа 1789. године

⁴²⁶ Вид.: Д. Димитријевић, стр. 11.; Б. Чејовић, стр. 30.

⁴²⁷ Декларација полази од хуманистичке Бекаријеве идеје да одређивање притвора треба да спречи самовољу извршиоца закона која је атак на политичку слободу, те да друштво треба да зајемчи „особну сигурност“. „Закон мора, дакле, одређивати који су индицији злочина потребни да би се осумњиченик могао притворити, подврћи истрази и казнити“. Cesare Beccaria, *O zločinima i kaznama* (prevod dela: *Dei delitti e delle pene*, prevodilac Antun Cvitanić), Književni krug, Split 1990, стр. 126 – 127.

⁴²⁸ Вид.: В. Ђурђић (2014), стр. 192.

Драго Радуловић указује да је препрека да се претпоставка невиности сврста у основна начела кривичног поступка, „могућност утврђивања супротног (што најчешће и бива) од оног што она предвиђа“. D. Radulović (2015), стр. 134.

доктрина приписивала је претпоставци невиности инструментални карактер у односу на начело једнакости „оружја“. „Однос окривљеног према делу доводи до установе претпоставке невиности ради равноправности према тужиоцу и ради правилног третмана од стране кривичнопроцесних субјеката.“⁴²⁹

Позивање на појмове ипак није било истовремено. У погледу увођења претпоставке невиности у наше законодавство, правна доктрина била је подељена. Појам једнакости „оружја“ помиње се, уз прихватање оптужног начела, од Законика о судском кривичном поступку од 16. фебруара 1929. године. Тек Законик о кривичном поступку од 1953. године (ступио на снагу 1. јанура 1954. године) и Закон о кривичном поступку од 24. децембра 1976. године (ступио на снагу 1. јула 1977. године) уводе претпоставку *некривице* захтевом да се окривљени не може сматрати кривим за кривично дело док се кривична одговорност (кривица) не утврди правноснажном пресудом.⁴³⁰

Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије од 1963. године први суштински уводи претпоставку некривице, без помињања појма кривице: „*Нико не може бити сматран учиниоцем кривичног дела*“ (члан 50 став 1). Претпоставка некривице гарантована је Уставом СФРЈ од 1974. године: „*Нико не може бити сматран кривим за кривично дело док то не буде утврђено правноснажном судском пресудом*“ (члан 181 став 4). Насупрот мишљењу које је често изражавано у теорији да је у овим одредбама садржана презумпција невиности, присутно је било и схватање да појам „не сматра се кривим“ и појам „сматра се невиним“ нису истоветни.⁴³¹ Другосхватање тумачи правило искључиво у смислу да је на оптужби терет доказивања.⁴³²

Претпоставка некривице и претпоставка невиности су начини правно – техничког регулисања исте заштитне гаранције положаја окривљеног у кривичном поступку, која у једном сегменту може негативно да се формулише – према окривљеном нису дозвољене предрасуде нити предубеђење о кривици, односно према окривљеном се кривица не може претпоставити. Прва формулација користи негацију појма кривице – негира се да је неко крив док се његова кривица не утврди. Друга формулација је афирмативна, јер се сматра да је свако невин, док се његова кривица не утврди. Само на први поглед, површински, претпоставка некривице, не садржи појам невиности, али се не може оспорити да је негација кривице. Полазећи од језичког значења, корена речи, у правној теорији се анализира да су појам „кривица“ и „виност“ сининими, те и њихови опозити, појмови „некривица“ и „невиност“, с тим што је реч невиност прилично уобичајена у говору, док је реч виност сада неуобичајена осим у кривичноправном смислу, али се употребљавала некада у материјалном кривичном праву и кривичноправној теорији.⁴³³ Позитивна дефиниција има своје практичне предности, јер је језички и логички једноставнија и сажетија, износи једну реч

⁴²⁹ Д. Димитријевић, стр. 44.

⁴³⁰ Одредба параграфа 1 Законика о поступку судском у кривичним делима од 1865. године да „нико не може бити осуђен и кажњен за злочинства и преступења, докле не буде његова кривица по правилима овог Законика ислеђена и пресуђена“, у вези је са формалном оценом доказа која је била прихваћена у Законнику. Вид.: Б. А. Милојковић, стр. 6.

⁴³¹ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар закона о кривичном поступку*, Савремена администрација, Београд 1990, стр. 6.

⁴³² О претпоставци некривице/невиности у правној теорији: С. Ненадић, стр. 152 – 160.

⁴³³ Више о томе: М. Шкулић, „Мере безбедности и начело кривице у кривичном законодавству Србије“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2017, стр. 50., М. Шкулић (2020 б), стр. 126.

која се жели нагласити – невиност, чије значење се јасно и често употребљава. Уједно, појам невиностиу позитивној дефиницији директно се везује за свако лице, као његова основна одлика, што има правни значај, јер је претпоставка невиности право *сваког* окривљеног⁴³⁴.

Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама Србије и Црне Горе, донета и проглашена 28. фебруара 2003. године, први пут прокламује претпоставку невиности („*свако је невин...*“).⁴³⁵ На темељу Повеље, позитивна дефиниција претпоставке невиности уведена је у наше законодавство 2004. године, законским изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 2001. године, у складу са међународноправним документима.

Комитет за људска права издваја више функција претпоставке невиности: 1). додељивање терета доказивања оптужбе тужилаштву; 2). гарантовање да се *кривицане може претпоставити* док се оптужба не докаже изван разумне сумње; 3). обезбеђивање да *окривљени има бенефиције од сумње*; 4). захтев да лице коме се ставља на терет извршење кривичног дела *мора да се третира према овом начелу*.⁴³⁶

У литератури која анализира ранију праксу Европске комисије за људска права примећује се улога суда да заштити претпоставку невиности тако што ће *отклонити или исправити утицај предрасуда* на исход кривичног поступка. „Ако током суђења тужилац, сведоци и вештаци дају или презентују изјаве, из којих је очигледно да су оптерећене предрасудама, суд мора заузети став против тих изјава како би се избегло да и он оставља дојам да је оптерећен предрасудама.“⁴³⁷ Практично, то би значило да осим дужности нечињења, претпоставка невиности подразумева и да суд позитивном обавезом чињења реализује мере процесне дисциплине и интервенише у доказном поступку у виду постављања допунских питања сведоцима или вештацима ради бољег разјашњења стања ствари, те да цени исказе у пресуди објективно, изражавајући суд о постојању предрасуда и елиминишући спољни утицај да је пристрасан.

Претпоставка невиности у Уставу РС није гарантована у оквиру права на правично суђење и посебних права окривљеног. Уставно је начело „*правне сигурностиу казненом праву*“, предвиђено чланом 34 став 3 УРС. Одређена је на позитиван начин. Слична дефиниција садржана је у Законику о кривичном поступку: „Свако се сматра невиним док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда“ (члан 3 став 1 ЗКП).

Доктрина сугерише да важећа дефиниција „*има и нешто позитивнију симболичку конотацију и психолошко значење за окривљеног*“.⁴³⁸ У правној теорији постоји и гледиште да је првобитна формулација у законодавству исправнија, ако се узме у обзир да је тешко да

⁴³⁴ Формулација свако се сматра „некривим“, садржи негацију која је свакако рогобатна и уопште се не употребљава у свакодневном говору нити праву.

⁴³⁵ члан 19 Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама Србије и Црне Горе, *Службени лист СЦГ*, број 6 од 28. фебруара 2003. године

⁴³⁶ Вид.: Human rights Committee, Ninetieth session, Geneva, 9 to 27 July 2007., General Comment No. 32, Article 14 *Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, стр. 9.

доступно на <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>, приступљено 1. септембра 2018. године.

⁴³⁷ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima* (prevod dela: *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, prevodilac Senada Kreso, Amira Sadiković, Ćuk Lalić Danica), Müller Sarajevo, Sarajevo 2001, стр. 432.

⁴³⁸ М. Шкулић (2020 а), стр. 126

се оправда примена мера „процесне принуде (нарочито притвора) и других мера према окривљеном (предузимање телесног прегледа противно његовој вољи, ношење лисица на рукама и слично) према некоме ко се сматра невиним“.⁴³⁹ Трешел описује да је претпоставка невиности литерарно *contradictio in adjecto*, јер није противно Конвенцији да се неко сумњичи за извршење кривичног дела.⁴⁴⁰

У складу са ширим схватањем претпоставке невиности, према члану 3 став 2 ЗКП, прокламује се дужност државних органа⁴⁴¹ и других органа и организација, средстава јавног обавештавања⁴⁴², удружења и јавних личности да поштују претпоставку невиности и да својим јавним изјавама о окривљеном, кривичном делу и поступку не вређају права окривљеног (ванпроцесно дејство претпоставке). Претпоставка невиности примењује се како у судском делу поступка, тако и у фази пре подношења оптужнице.⁴⁴³

Специфично и изоловано у нашем процесном законодавству је решење Законика о кривичном поступку од 2006. године да суд може да изрекне конкретне санкције, по службеној дужности или на предлог широког круга лица, ако се јавним изјавама о кривичном поступку који је у току доводи у питање претпоставка невиности и крше друге гаранције *независности и непристрасности* суда.⁴⁴⁴ У кривичном материјалном законодавству пружала се заштита *претпоставци невиности и независности суда* инкриминацијом „недозвољено јавно коментарисање судских поступака“ из члана 336а Кривичног законика, који се примењивао од 11. септембра 2009. године до 31. децембра 2012. године. Кривичноправна заштита пружала се за време трајања поступка пред судом, пре доношења правноснажне

⁴³⁹ С. Кнежевић (2015), стр. 169.

С. Бејатовић указује да подвргавање окривљеног извесним мерама у кривичном поступку не може бити аргумент за негацију претпоставке невиности, јер је њихова примена „праћена одредбама Законика о очувању личности и достојанства окривљеног и његових права на одбрану“. Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2019, стр. 211.

⁴⁴⁰ S. Treshel, стр. 154.

⁴⁴¹ Директива Европске уније 2016/343 о јачању извесних видова претпоставке невиности и права на присуство суђењу у кривичном поступку, издваја заштиту претпоставке невиности приликом доношења *судских одлука* и у вези са *јавним изјавама државних органа*.

„Пресуда у случају *Хужин и остали против Русије* (13470/02) од 23. октобра 2008. године, указује да су изјаве званичника тужилаштва *прејудицирале процену свих чињеница датог предмета коју треба да изврше надлежни судски органи*, самим тим, јавност је подстакнута да поверује у кривицу подносилаца представке и пре то што је та кривица доказана у складу са законом.“ Вид.: Nuala Mole, Biljana Braithwaite, „Извештавање о кривичним поступцима и претпоставка невиности“, *Људска права у Европи – Правни билтен*, број 107, новембар 2008. године, стр. 10.

⁴⁴² У правној теорији се у вези са заштитом претпоставке невиности наглашава значај позитивне обавезе државе да у свом законодавству нормира одговоран и савестан рад органа информисања. Вид.: Александар Јакшић, стр. 221.

⁴⁴³ Уставни суд РС изјашњавао се о трајању начела претпоставке невиности у смислу да се односи не само на „поступање током суђења и оцене доказа, већ се примењује и на осумњичене, односно окривљене пре подизања оптужнице за кривично дело и траје све док осуђујућа пресуда не буде потврђена у жалбеном поступку, односно док не постане правноснажна.“ Одлука Уставног суда РС Уж – 4660/2010 од 13. јуна 2012. године, б., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 1. септембра 2018. године.

⁴⁴⁴ Прописане санкције биле су јавна опомена у средствима јавног информисања о трошку лица које даје изјаву (обавезна санкција) и новчано кажњавање (могућа санкција, кумулативна уз јавну опомену или самостална након објављене јавне опомене) „ако је дужност прекршена на особито тежак начин, а нарочито ако из свих околности очигледно произилази да је то учињено ради утицања на суд и друге надлежне органе или у циљу проузроковања тешких последица по окривљеног.“ О томе: М. Шкулић (2007а), стр. 41 – 46.

судске одлуке, а субјективно битно обележје бића кривичног дела била је *намера* да се повреди претпоставка невиности или независности суда јавним изјавама у средствима јавног информисања. У погледу садржине изјава, у правној теорији се објашњава да би се могло претпоставити да „прејудуцирају постојање кривичног дела у објективно – субјективном смислу, тј. прејудуцирају да је остварено објективно неправо и/или да постоји кривица учиниоца“.⁴⁴⁵

Као конвенцијско право, представља специфичну примену начела из члана 6 став 1 Конвенције.⁴⁴⁶Тиме се потврђује циљни карактер претпоставке невиности, односно њена усмереност ка остваривању начела правичности у целисти, те и једнакости „оружја“. У литератури се, уз привилегију против самооптуживања, описује као *основни корективни механизам* „дубоке неравнотеже између странака у кривичном поступку“ узроковане огромним материјалним и структуралним предностима тужилаштва, што се може схватити као „адверзијални дефицит.“⁴⁴⁷ Доводила се у везу и са другим процесним јемствима права на правично суђење (обавештење о оптужби, право на припремање и изношење одбране),⁴⁴⁸ иако је засебна гаранција права на правично суђење.

Претпоставка невиности и вредносно се повезује са начелом једнакости „оружја“ у кривичном поступку, посматрано у оквиру квалитета понашања органа поступка и стварања амбијента/предуслова за остваривање свих права окривљеног. Поштовањем претпоставке невиности, уједно се поштује окривљени и као личност и као процесни субјект. Окривљени је вредносно неутралан субјект, те је странка која има једнака процесна права и процесна средства као и јавни тужилац. Овопоимање води закључку да је претпоставка невиности основни предуслов и оправдање постојања начела једнакости „оружја“ у кривичном поступку. У нашој правној теорији примећивало се да у њој „треба видети гаранцију за одређени положај окривљеног у кривичном поступку“, као и да је „опште обележје личности окривљеног“.⁴⁴⁹ Савремена правна теорија издваја задатке претпоставке невиности – чување поштовања према личности окривљеног и отклањање предрасуда према окривљеном, којима се доприноси „његовој равноправности у спору са тужиоцем“.⁴⁵⁰

Супротно гледиште било би да окривљени треба да буде равноправан са јавним тужиоцем, због чега сезаконуму процесном положају изједначава са јавним тужиоцем (једнакост страначких права и процесних средстава пред судом), те ужива и правну и процесну заштиту да би се обезбедила потребна равнотежа у кривичном поступку.

⁴⁴⁵ Наташа Делић, „Кривична дела против правосуђа у светлу измена и допуна из 2009. године“, *Годишњак Правног факултета у Источној Сарајеву*, година I, 1/2010, стр. 94.

⁴⁴⁶ *Deweert v. Belgium*, ECtHR, App. no. 6903/75, 27. February 1980, para 56

⁴⁴⁷ Paul Roberts, Adrian Zuckerman, *Criminal evidence*, Second edition, Oxford University press, Oxford 2010, стр. 15.

⁴⁴⁸ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, App. no. 10590/83, 6 December 1988, para 77

У пресуди се, иако се не утврђује повреда претпоставке невиности, већ повреда права на правично суђење у целисти, доводи у везу са постојањем предубеђења суда да је окривљени учинио кривично дело, теретом доказивања, начелом *in dubio pro reo* и појединачним процесним јемствима. Позива се на дужност тужилаштва да информише окривљеног о оптужби у циљу одговарајуће припреме и изношења одбране, као и да изнесе довољно доказа за осуду окривљеног.

⁴⁴⁹ Загорка Јекић, Радмила Данић, *Кривично процесно право*, Десето издање, „Димитрије Давидовић“ а.д. Смедерево, Београд 2005, стр. 123.

⁴⁵⁰ С. Бејатовић (2019), стр. 211.

Право на претпоставку невиности може се сматрати повезаним и са психолошком климом у којој поступци треба да се одвијају. Захтева да тужилац и судија усвоје посебан став (понашање), те да иако дубоко у својим срцима, могу да буду уверени у кривицу оптуженог, морају да остану отворени за промену мишљења у погледу резултата доказа.⁴⁵¹ Вајгенд (*Weigend*) описује и позитивну функцију претпоставке невиности, која управо уноси равнотежу у кривични поступак нарушену постојањем сумње у окривљеног. Индивидуализована сумња има озбиљне социјално – психолошке последице по окривљеног, тежњу стигматизацији и угрожавање прихватања окривљеног за грађанина достојног поверења.⁴⁵²

Стручна пракса издваја процедуре и понашања према личности окривљеног током поступка којима се вређа претпоставка невиности: „држање оптуженог у ћелији унутар суднице, захтев да оптужени носи лисице, окове или затворску униформу у судници, извођење оптуженог на суђење обријане главе.“⁴⁵³ Према европским стандардима не спречава се држава да предузме мере физичког обезбеђења окривљеног због потреба безбедности, спречавања бекства или контаката са трећим лицима, али држава треба да предузме одговарајуће мере којима се спречава да мере обезбеђења представљају на суду или јавности да је окривљени крив (члан 5 Директиве (ЕУ) 2016/343).

Европски суд за људска права претпоставку невиности доводи у везу са дужности непристрасности, која је предуслов реализације начела једнакости „оружја“: „У пракси би се захтеви гаранције претпоставке невиности, преклопили са дужношћу непристрасности.“⁴⁵⁴ У теорији се истицао практичан проблем, настао због зависности од списка из полицијске истраге, да је у свим фазама поступка (укључујући и суђење) тешко за онога ко истражује да не претпостави кривицу током вођења истраге.⁴⁵⁵

Веза између претпоставке невиности и начела једнакости „оружја“ сликовито се описује и мишљењем Суда да ће окривљеном претпоставка невиности бити повређена „ако судска одлука која се на њега односи изражава мишљење да је крив, без претходног доказивања да је крив према закону и нарочито без стварања прилике окривљеном да остварује своја права на одбрану.“⁴⁵⁶

„Превремене изјаве о кривици“ окривљеног имају интерни и екстерни карактер, из чега произлази шире поимање претпоставке невиности. У првом случају садржина су процесних радњи и понашања органа поступка (полиција, тужилаштво, суд) или тужилаштва, као странке у поступку, и предузимају се у амбијенту кривичног поступка.

⁴⁵¹ S. Treshel, стр. 163.

⁴⁵² T. Weigend, „Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice”, *Criminal Law and Philosophy* Vol. 8, No. 2, 2014, стр. 287.

⁴⁵³ Драгомир Милојевић, „Право окривљеног на правично суђење“, *Усаглашавање кривичног законодавства са Уставом Србије: научни скуп, Копачик 2008* (ур. Ђ. Лазин), Удружење за кривично право Србије, Београд 2008, стр. 28.

О третману окривљеног у време расправа пред судом (држање у оковима, у металном кавезу, присиљавање на хода тако што му је глава сагнута према коленима), којим се вређа претпоставка невиности, јер се претпоставља да је реч о „опасном криминалцу“ вид.: *Pavel Selyum v Belarus*, ССРР, /C/115/D/2289/2013, 9 December 2015, para 7.5., доступно на: <https://juris.ohchr.org/>, приступљено 10. априла 2020.

⁴⁵⁴ *Salabiaku v. France*, ECtHR, App. no. 10519/83, 7 October 1988, para 28

⁴⁵⁵ Jeffrey D. Jackson, „Two Methods of Proof in Criminal Procedure“, *The Modern Law Review*, Vol. 51, No.5, 1988, стр. 559.

⁴⁵⁶ *Minelli v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 8660/79, 25 March 1983, para 37

Други случај односи се на јавна саопштења и изјаве које на посредни начин прете да угрозе правично вођење кривичног поступка. Европски суд за људска права подвлачида није дозвољено да „изјаве званичника о току кривичне истраге подстичу јавност да верује у кривицу осумњиченог и прејудицирају оцену чињеница од стране надлежног судског органа.“⁴⁵⁷ У погледу саме „медијске кампање против оптужених“, цени се да ли је имала за „*циљ* стварање атмосфере неповољне за оптужене и да ли је *професионални судија довољноимун* на било какве утицаје који су могли да буду последица свега тога“.⁴⁵⁸

Претпоставка невиности ужива и самосталност у односу на остале сегменте права на правично суђење. Домашај претпоставке невиности шири је од домашаја начела једнакости „оружја“. Повреда претпоставке невиности утврђује се без обзира да ли су јавне изјаве оствариле утицај на окончање кривичног поступка односно да ли су утицале на врсту одлуке (кривични поступак окончан услед застарелости или донета ослобађајућа пресуда).⁴⁵⁹ Уређује кривични поступак у целости, али *без обзира на исход оптужбе и не односи се само на испитивање оптужбеу меритуму*.⁴⁶⁰ Не ограничава се ни на кривичне поступке који трају (нерешени кривични поступци), већ се „проширује на судске одлуке донете након одустанка тужилаштва.“⁴⁶¹ У случајевима у којима кривични поступак није окончан осуђујућом пресудом, штити се и у поступку одлучивања (оценом критеријума за одлучивање и образлагања одлука) у другим поступцима у којима се решава о питањима у одређеној мери повезанима са кривичним поступком (поступци за накнаду штете и накнаду трошкова кривичног поступка, парнични поступци, дисциплински поступци).⁴⁶² Појединац се претпоставком невиности штити од власти државе и ван кривичног поступка, као личност.⁴⁶³ Претпоставка невиности крши се и имплицитно (објашњењем у одлуци које сугерише да је лице криво у поступку који је у току), и у вези са другим поступцима, пре свега навођењем у образложењу решења о одређивању/продужењу притвора чињенице да се против окривљеног воде и други кривични поступци, или приписивањем овој околности карактера отежавајуће околности⁴⁶⁴.

Уставни суд цени повреду приликом доношења одбијајуће пресуде, као формалне одлуке којом се окончава кривични поступак.⁴⁶⁵ Претпоставка невиности не може да се повреди у осуђујућој пресуди, а у судској пракси истицање повреде претпоставке невиности у правним лековима своди се суштински на оспоравање пресуде због погрешно и непотпуно

⁴⁵⁷ *G.C.P v. Romania*, ECtHR, App. no. 20899/03, пресуда од 20. децембра 2011. године, final on 4/6/2012, para 54

⁴⁵⁸ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр. 433.

⁴⁵⁹ *Allenet de Ribemont v. France*, ECtHR, App. no. 20899/03, App. no. 15175/89, 10 February 1995, para 35

⁴⁶⁰ *Minelli v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 8660/79, 25 March 1983, para 30

⁴⁶¹ *Vulakh and others v. Russia*, ECtHR, App. 33468/03, 10 January 2012, final on 10/4/2012, para 33

⁴⁶² Види анализу у случају *Allen v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 25424/09, 12 July 2013

⁴⁶³ Бекарија је описивао: „Човек оптужен због одређеног злочина, затворен, па касније ослобођен оптужбе, не би смио на себи носити никакве љаге инфамије“. Cesare Beccaria, стр. 127.

⁴⁶⁴ *Хајнал против Србије*, ЕСЈП, Представка број 36937/06, 19. јун 2012, пара. 130 – 131.

⁴⁶⁵ Формулација из оспорене одбијајуће пресуде „чињенично стање указује да су лица против којих се води овај поступак учинила предметна кривична дела“, а посебно имајући у виду да кривични поступак против подносилаца уставне жалбе због забране „не два пута о истом“ није ни могао бити вођен, повређује Уставом зајемчено право подносилаца да се сматрају невиним. Вид.: Одлука Уставног суда РС Уж–4713/2012 од 7. маја 2015. године, 4., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 1. септембра 2018. године.

утврђеног чињеничног стања.⁴⁶⁶ Повреде се уочавају у начину изражавања у одлукама донетим током поступка, ако се уместо навода да постоји одговарајући степен сумње да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет оптужбом, користе наводи да је окривљени „извршио кривично дело“. Детаљнију анализу претпоставке невиности садржи Директива Европске уније 2016/343 од 9. марта 2016. године, у којој се истиче да је посебно значајно да би пре доношења привремених одлука процесне природе, као што је одлука о притвору, орган поступкаморао прво да провери да ли има „довољно елемената инкриминишућих доказа“ против окривљеног да би се оправдала одлука, која би могла да описује те елементе.⁴⁶⁷

Сама по себи, повреда претпоставке невиности не доводи до повреде начела једнакости „оружја“. Гаранција претпоставка невиности и начело једнакости „оружја“ независно се цене. Кршење претпоставке невиности јавља се и у виду случајне интелектуалне грешке у изражавању. Утврђивање повреде начела једнакости „оружја“ подразумева оцену да ли постоји практично и суштински привилегован положај тужиоца у односу на окривљеног са аспекта кривичног поступка у целини. Међутим, повреда претпоставке невиности може да буде један од индикатора пристрасности суда на штету окривљеног у конкретном кривичном поступку.

У погледу процесних одлука суда, према пракси Уставног суда, повреда претпоставке невиности утврђује се и у вези одлука о притвору.⁴⁶⁸ Судови повреде претпоставке невиности констатују најчешће у решењима у којима се одређује и продужава притвор.⁴⁶⁹ Кршење јенавод да је окривљени „извршио кривично дело“ односно да је предузео радње које му се стављају на терет,⁴⁷⁰ уместо закључка да постоји законом предвиђен степен сумње (основана сумња) да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет или уместо да се

⁴⁶⁶ Врховни касациони суд РС у пресуди Кзз 593/2016 од 14.6.2016. године, наводи: „Истицање повреде претпоставке невиности своди се на чињеничне закључке везане за кривицу окривљеног, а који чињенични закључци су другачији од оних утврђених у побијаним пресудама“. Доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-5932016>, приступљено 1. септембра 2018. године.

⁴⁶⁷ Директива (ЕУ) 2016/343, рецитал 16

⁴⁶⁸ Истиче се да је повређена приликом доношења решења о одређивању притвора „ако одражава мишљење да је лице које је окривљено за кривично дело криво пре него што се његова кривица докаже по закону, односно уколико у одсуству званичне одлуке, постоји одређено мишљење које указује да суд (или други државни орган) сматра окривљеног кривим.“ Вид.: Одлука Уставног суда РС Уж 4276/13 од 3.3.2016. године, 4., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 1. септембра 2018. године.

⁴⁶⁹ Првом пресудом ЕСЈП против Србије (у предмету Матијашевић против Србије) утврђена је повреда права на претпоставку невиности, а односила се на случај да жалбени суд (тада Врховни суд Србије) није исправио „грешку“ првостепеног суда (Окружног суда у Новом Саду) у одлуци о продужењу притвора, игноришући наводе жалбе у погледу прејудуцирања исхода кривичног поступка судском одлуком. Вид.: *Матијашевић против Србије*, ЕСЈП, Представка бр. 23037/04, 19. септембар 2006.

⁴⁷⁰ Постоји повреда претпоставке невиности, одредбе члана 1 и 3 ЗКП, ако се за осумњиченог наводи да се ради о лицу које је незапослено, „које је дело учинило да дође до новца, јер је био гладан“, због чега се побијано решење морало укинути. Из решења Првог основног суда у Београду Кпп бр. 1/2018 – Кв бр. 10/18 од 5.1.2018. године, прибављено непосредно у Првом основном суду у Београду.

Повреда се налази и ако се образлаже да је „осумњичени показао изразиту упорност приликом извршења кривичног дела, да је у више наврата од оштећеног тражио да му преда износ од 500 евра, да је у више наврата упутио претње.“ Из решења Првог основног суда у Београду Кпп бр. 341/17 – Кв бр. 1730/17 од 6.12.2017. године, прибављено непосредно у Првом основном суду у Београду.

цитира исказ осумњиченог или сведока. Европски суд за људска права сликовито описује ову појаву као „важност избора речи.“⁴⁷¹

2.2. Терет доказивања и равнотежа положаја странака

Темељне новине Законика о кривичном поступку су формулисање правила да је „терет доказивања оптужбе на тужиоцу“ (члан 15 став 2 ЗКП), формалноправно елиминисање начела истине у кривичном поступку и права окривљеног и његовог браниоца која „извиру“ из основног права окривљеног да „прикупља доказе у своју одбрану“ (члан 68 став 1 тачка 9 ЗКП), „оружја“ којим се парира оптужби: прикупљање доказа и материјала у корист одбране (члан 301 ЗКП), предузимање доказних радњи у корист одбране (члан 302 ЗКП), предлагање и образлагање доказа одбране и предлагање нових доказа одбранена припремном рочишту (члан 345 став 1 ЗКП, члан 350 став 1 ЗКП). Уводи се специфична формулација о изношењу разлога за оспоравање оптужбе на припремном рочишту (члан 349 став 4 ЗКП), која је изазвала теоријске расправе и дилеме о имплементирању адверзијалних елемената у наше законодавство, те практичним последицама. Ова права, прилике и могућности одбране, њихове особености у односу на елементе у адверзијалном поступку подробније ће се разматрати у одговарајућим деловима који следе. У овом делу полази се од правила о терету доказивања и дозвољеним ограничењима претпоставке невиности која суштински одражавају захтев за равнотежом положаја странака у кривичном поступку.

Још од раног периода правне историје развио се принцип да је терет доказивања на тужиоцу (формулисан у максими „*necessitas probandi incumbit ei qui agit*“) и да се за доказивање оптужбе захтева довољност доказа и квалитет доказа. Шкулић терет доказивања дефинише свеобухватно, као „одређивање субјекта кривичног поступка, који је дужан да поднесе доказе ради утврђивања постојања или непостојања одређених чињеница, или да конкретне доказе изведе у поступку, односно да у циљу утврђивања чињеница укаже на потребу коришћења одређених доказних средстава, те на постојање конкретних извора доказа“.⁴⁷²

Претпоставка невиности сагледава се у пракси ЕСЉПи из угла терета доказивања, права окривљеног на ћутање и привилегије против самооптуживања.⁴⁷³ Формулација претпоставке невиности у члану 6 став 2 ЕКЉП и последица примене претпоставке на доказивање чињеница упућује на уску повезаност са теретом доказивања. Основни је захтев да се оптужени за кривично дело сматра невиним „све док се не докаже његова кривица на основу закона“. Ешворт се позива на опредељење кривичног правосуђа за „принципијелну асиметрију“ и „наклоност заштите невиних“ у циљу смањивања ризика од погрешних осуда.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ *Daktaras v. Lithuania*, ECtHR, App. no. 42095/98, 10 October 2000, final on 17/1/2001, para 41

⁴⁷² М. Шкулић (2019 а), стр. 25.

⁴⁷³ *Heaney and McGuinness v. Ireland*, ECtHR, App. no. 34720/97, 21 December 2000, final on 21/3/2001, para 59

Доктрина примећује да је веза права на ћутање и привилегије против самооптуживања тако тесна и значајна да се у случају њиховог кршења узима, без даљег испитивања, да је прекршена и претпоставка невиности. Н. Сјерчић – Џолић, стр. 124.

⁴⁷⁴ А. Ashworth, „Four threats to the presumption of innocence“, *The International Journal of Evidence and Proof*, Vol. 10, No. 4, 2006, стр. 248.

Претпоставка невиности подразумева правило да је терет доказивања у кривичном поступку на тужиоцу, те забрану формулисања правила да терет доказивања невиности лежи на одбрани⁴⁷⁵ иначелно подељеног терет доказивања односно изричитог општег формулисања да се дозвољава обрнут терет доказивања.⁴⁷⁶ Ризик недоказивања предмета оптужбе према строгом стандарду доказивања пада на тужиоца. По правилу, кршење претпоставке невиности је премештање терета доказивања на одбрану. Тиме се и нарушава процесна равнотежа положаја јавног тужиоца и окривљеног. Ешворт запажа да ово додатно подржава потребу за претпоставком невиности, исправљање неравнотеже моћи и ресурса захтевајући од тужилаштва да докаже кривицу окривљеног и да то учини ван разумне сумње.⁴⁷⁷ Бугарски истиче да: „Терет доказивања који је на држави има за циљ успостављање равнотеже између странака у кривичном поступку и признавање либералног концепта ограничене интервенције државе и индивидуалне аутономије“.⁴⁷⁸ Привилегован положај окривљеног огледа се у недоказивању своје невиности и користи коју има од сумње.

Из практичних разлога, тежине доказивања негативних чињеница од стране тужилаштва, допуштене су претпоставке у националним законодавствима (код кривичног дела клевете неистинитост тврдњи). У нашој правној теорији објашњава се да окривљени има право пружања доказа, не и дужност, али да у нашем законодавству постоје одређени и изузетни „случајеви у којима терет пружања доказа лежи на окривљеном“ што је случај са кривичним делима против части и угледа из члана 173 – 176 КЗ.⁴⁷⁹ Поједине претпоставке су уобичајне, природне, здраворазумске, као што је случај са претпоставком урачунљивости.

Претпоставке у појединим случајевима постоје у већини држава. Имају дејство да се чињеница сматра доказаном уз образложење да се из познате чињенице закључује о постојању непознате чињенице, а констатује се да се често користе код кажњивих дела против јавног саобраћаја, кривичних дела против животне средине, финансијских кривичних

⁴⁷⁵ Као пример, у литератури се истиче анализа Судског Комитета крунског већа у вези са кршењем претпоставке невиности у кривичном законодавству Белизеа (бивши Британски Хондурас). *Common Law* „одбрана изазова“ („*defence of provocation*“), касније замењена (у Енглеској и Велсу) законском одбраном „губитка контроле“ („*loss of control*“), подразумева одбрану да се кривично дело убиство сведе на убиство из нехата. Терет обарања такве одбране лежи на тужиоцу, иако окривљени мора да докаже ту (делимичну) одбрану „равнотежа вероватноће“, те је погрешно решење Кривичног законика Белизеа да је терет доказивања одбране провокације на суђењу за убиство на окривљеном. Вид. А. Amatrudo, L. W. Blake, стр. 41 – 42.

Објашњава се да је за „*терет доказивости*“ („*продукциони терет*“) у адверзијалном кривичном поступку карактеристично да може да пређе на одбрану ради увођења у поступак посебних „одбрана“ у циљу доказивања пред поротом, у ком случају се тужиоцу на суђењу намеће већи терет доказивања. Вид.: В. Бајовић (2015), стр. 139 – 141.

⁴⁷⁶ „Претпоставка невиности вређа се подељеним теретом доказивања између тужиоца и одбране, не доводећи у питање овлашћење суда да по службеној дужности утврђује чињенице. У појединим државама чланицама не само тужилаштво, већ и судије су надлежне да траже инкриминишуће и ослобађајуће доказе.“ Ипак под условима постављеним у пракси ЕСЈП, дозвољавају се претпоставке чињеница и права. Вид.: Директива (ЕУ) 2016/343, преамбула, рецитал 22, 23

⁴⁷⁷ А. Ashworth, „Four threats to the presumption of innocence“, *The South African Law Journal*, Vol. 123, No.1, 2006, стр. 74.

⁴⁷⁸ Татјана Бугарски, „Претпоставка невиности (обим и дејство у кривичном поступку)“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2017, стр. 345.

⁴⁷⁹ С. Бејатовић (2019), стр. 291.

дела и кривичних дела у вези са опојним дрогама.⁴⁸⁰ Одређују се не као изузетак од правила да је терет доказивања на тужиоцу, већ као „измењена примена овог правила“, јер претпоставке ступају на снагу када државни органи већ имају инкриминишуће доказе (као што је фотографија аутомобила у прекорачењу брзине).⁴⁸¹

Ешворт издваја четири правнотеоријска разлога која изузетно правдају премештање терета доказивања на окривљеног: 1. *тежина кривичног дела* – као што су тероризам, трговина дрогама, трговина људима, организовани криминал, тешке преваре (темељи се на „успостављању правичне равнотеже између захтева општег интереса заједнице и заштите основних права појединаца“); 2. *једноставно доказивање/тешкоће доказивања* („поједине чињенице тешко доказује тужилаштво“ односно доказивање је „очигледно лако за окривљеног“); 3. *питање посебно у домаћају знања окривљеног*“; 4. *тест рационалне повезаности*“ („рационална веза између основне чињенице која доводи до претпоставке и онога што се претпоставља“).⁴⁸² С друге стране, посебно издваја „терет доказивости“ („*the evidential burden*“), везан за доказивање одбрана (нпр. позивање на самоодбрану) који намеће дужност окривљеног да изнесе разлоге о одбрани, правдан практичним разлозима да се тужилаштву не наметне доказивање унапред свих потенцијалних одбрана у случају да се окривљени на њих не позове.

Повреда претпоставке невиности због пребацавања терета доказивања на одбрану утврђује се у случају да тужилаштво на основу достављених доказа није успело да докаже(установи) убедљив *prima facie* случај против окривљеног, али се ипак практично захтевало објашњење окривљеног о случају (одговарање на елементе доказа) које је изостало, па се осудазаснивала на његовом ћутању, односно изведен је закључак о кривизи окривљеног на основу ћутања.⁴⁸³

Када је реч о стандарду доказивања, постојање сумње разматра се у корист окривљеног. У литератури се примећује да се у пракси ЕСЈП не захтева доказивање кривичног дела по стандарду „изван разумне сумње, већ на основу доказа „довољно чврстим у очима закона“. ⁴⁸⁴ Доказна вредност део је поља слободне процене државе.

Претпоставке чињеница и права у кривичном праву и судској пракси практично штете окривљеном пребацујући на њега терет доказивања и тиме нарушавањем његовог положаја у односу према јавном тужиоцу. Последица тога је да је „окривљени дужан да износи доказе,

⁴⁸⁰ Steven Cras, Anže Erbežnik, „The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial, Genesis and Description of the New EU–Measure“, *eu crim – The European Criminal Law Associations' Forum* 1/16, стр. 30.

⁴⁸¹ *Ibid.*, стр. 31.

⁴⁸² A. Ashworth (2006 b), стр. 83 – 88.; О томе вид. и: Т. Бугарски, стр. 348, 349.

⁴⁸³ *Telfner v. Austria*, ЕСтНР, App. no. 33501/96, 20 March 2001, définitif 20/06/2001, para 12 – 20

У конкретном случају „елементи доказа“ против окривљеног били су извештај локалне полицијске станице да је окривљени углавном користио аутомобил, средство извршења кривичног дела, и да ноћи када се догодила саобраћајна незгода није био код куће (није било утврђено где се окривљени налазио критичном приликом). Аутомобил је био регистрован на мајку окривљеног. Оштећена је само идентификовала аутомобил, али није успела да идентификује возача, нити чак да одреди да ли је возач био мушко или женско. Мајка и сестра окривљеног користиле су се правом да не сведоче у кривичном поступку. Окривљени се само изјаснио да није крив и да није управљао аутомобилом, без пружања објашњења и доказа у своју корист.

⁴⁸⁴ М. Сладојевић, стр. 138.

често да сведочи, да би оборио претпоставку чињеница или права“.⁴⁸⁵ Ипак, у извесном смислу дозвољено је ограничење права на претпоставку невиности. Европски суд за људска права налази да их треба посматрати само на површинском нивоу, у оквиру „разумних ограничења“ која узимају у обзир *значај (улог)* који је и питању *одржавају права одбране*.⁴⁸⁶ Формулише у својим одлукама само уопштене оквире, без става о конкретним и јасним критеријума оцене да ли се претпоставкама крши претпоставка невиности.

Неопходно је да постоји легитиман циљ који правда увођење претпоставки (значај заштићеног добра, изражен финансијски интерес државе), сразмерност легитимном циљу (значаја који се придаје заштићеном добру у заједници и права окривљеног на одбрану у кривичном поступку), да претпоставке имају границе у националном законодавству и начелима владавине права, што подразумева да поштују оквире права на правично суђење, да суд спроводи правичан поступак, да буде непристрасан, да му се не одузме „стварна моћ оцењивања“⁴⁸⁷, да се окривљени не лишава сваке могућности и средстава одбране којима ће да обара законску претпоставку, да има право да доставља доказе у своју корист ради обарања претпоставке. Од значаја за интерес правичности је да окривљени има браниоца или да му суд обезбеди браниоца чија ће правна помоћ испуњавати стандарде делотворне одбране у конкретном случају, а нарочито када се поставља питање дозвољености пребацивања терета доказивања. У погледу изношења разлога одбране и доказа одбране, неопходну равнотежу у кривични поступак управо треба да успостави суд штитећи право окривљеног на делотворну одбрану и руководећи се истовремено правилном оценом доказа и избегавањем погрешних осуда, што подразумева и доказну активност суда ради остваривања двоструког циља.

Суштина дозвољеног пребацивања терета доказивања је да је изузетна мера и да захтева успостављање равнотеже између јавног интереса да се спрече озбиљне и тешке штете са једне стране и интереса спречавања последица погрешне осуде окривљеног. У регулативама одређених сфера модерне економије мотивисана је практичним потребама да се смање трошкови тужилаштва, да се поспеши спровођење истрага ради заштите друштвене заједнице.⁴⁸⁸

Доктрина уочава да се у неким примерима из упоредног кривичног права „практично свађује терет доказивања одређених кривичноправно релевантних чињеница на окривљеног, а упадљиви примери се односе на тзв. сексуална кривична дела“ код којих се јавља проблем

⁴⁸⁵ William Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015, стр. 299.

⁴⁸⁶ *Salabiaku v. France*, ECtHR, App. no. 10519/83, 7 October 1988, para 28

⁴⁸⁷ Суд пре закључка у погледу поштовања права на правично суђење и претпоставке невиности пред апелационим судом налази да се национални суд није аутоматски ослонио на претпоставку и није законску претпоставку применио на начин супротан члану 6 став 1 и 2 Конвенције, већ је уредно пре тога одмерио доказе, пажљиво их оценио и на основу тога утврдио кривицу. Вид.: *Pham Hoang v. France*, ECtHR, App. no. 13191/87, 25 September 1992, para 36

Међутим, у овом случају поставило се питање обезбеђивања права на одбрану сиромашног окривљеног односно поштовање члана 6 став 3 (ц) пред касационим судом који је поступио по жалби на осуђујућу пресуду апелационог суда. Ценећи постојање интереса правичности према сложености случаја (питања сагласности закона са Конвенцијом, сложеност аргументације) и последицама за окривљеног (оглашеног кривим за незаконит увоз забрањене робе према царинском закону и осуђеног да плати велике износе царинским органима), Суд је утврдио повреду права окривљеног да добије бесплатно браниоца по службеној дужности. Вид.: para 37 – 41.

⁴⁸⁸ David Hamer, „The presumption of innocence and reverse burdens: A balancing act”, *The Cambridge Law Journal*, 66 (1), 2007, стр. 166.

„доказивања (не)постојања пристанка на сексуални однос потенцијалне жртве.“⁴⁸⁹ Пример истицан у доктрини је и пребацавање терета доказивања у хрватском праву код кривичног дела полног односа без пристанка („сполног одношаја без пристанка“). У делу правне теорије истицало се да окривљени доказује пристанак, а пристанак/непристанак сезаконски дефинише, при чему пристанак захтева кумулативно испуњење два услова.⁴⁹⁰ Према последњим изменама и допунама Казненог закона Хрватске, кривично дело је избрисано, али је инкриминација предвиђена као облик силовања.

Путем анализе судске праксе ЕСЈП у литератури закључује се да члан 6 став 2 Конвенције не забрањује правила која пребацују терет доказивања на окривљеног како би поставио/ла своју одбрану, ако укупни терет утврђивања кривице лежи на оптужби.⁴⁹¹ Став се у суштини своди на доказивање неких чињеница случаја које иду у прилог одбрани, за разлику од терета доказивања оптужбе. У САД је правило да „окривљени који примењује негативну одбрану, тј. онај окривљени који се, непризнајући кривично дело, позива на постојање конкретног разлога (одређена одбрана) којим се искључује постојање кривичног дела за које се терети, односно искључује противправност његове радње, или се искључује кривична одговорност, односно онемогућава кривично гоњење, начелно сноси терет доказивања постојања таквог разлога“.⁴⁹²

Правни механизам проширеног одузимања имовинске користи уводи одговарајући „обрнути терет доказивања“ који подразумева да „осуђени доказује да је одређену „спорну“ имовину стекао у складу са законом, тј. својим приходима који нису криминалног или противправног карактера.“⁴⁹³ Важи оборива законска претпоставка да је имовина која проистиче из кривичног дела имовина у „очигледној несразмери са законитим приходима“, која се одузима од окривљеног. Ипак, равнотежа положаја странака огледа се у дужности јавног тужиоца да достави правноснажну пресуду, докаже поседовање (раније поседовање) имовине, вредност имовине, висину законитих прихода окривљеног, наводећи у захтеву за одузимање имовине (трајно одузимање) околности које указују да је имовина проистекла из кривичног дела и на очигледну несразмеру вредности имовине и законитих прихода.⁴⁹⁴

Отежавање положаја окривљеног поделом терета доказивања, те смањивањем доказног стандарда за јавног тужиоца (одсуство захтева строгог доказног стандарда, „непосредног и конкретног доказа“, незахтевање стандарда „потпуног уверења суда“)⁴⁹⁵ да је стицање имовине последица кривичног дела, оправдава се заштићеним легитимним интересом и посебним карактером поступка (*sui generis* поступак).

⁴⁸⁹ М. Шкулић (2018 а), стр. 530.

⁴⁹⁰ Више о кривичном делу полног односа без пристанка: М. Шкулић, *Кривична дела против полне слободе*, Службени гласник, Београд 2019, стр. 206 – 214.

⁴⁹¹ Нула Мол, Катарина Харби, *Право на правично суђење* – Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима, Приручник о људским правима, бр. 6 (превод дела: *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of European Convention on Human Rights, Human rights handbooks*, no. 6, преводилац Alpha Team One), Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2007, стр. 106.

⁴⁹² М. Шкулић (2019 б), стр. 239.

⁴⁹³ М. Шкулић (2018 б), стр. 670 – 671.

⁴⁹⁴ члан 38 став 2 тач. 4, 5 и 6 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Сл. гласник РС*, бр. 32/2013, 94/2016 и 35/2019

⁴⁹⁵ Игор Вуковић, „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела – Европски оквир и српско законодавство“, *Crimen* 1/2016, стр. 4., 7., 12.

Легитимни интерес је борба против облика организованог криминала, тероризма, трговине дрогама, тешких кривичних дела против привреде, коруптивних кривичних дела, значај и вредност заштићеног добра („основи сумње да поседује знатну имовину проистеклу из кривичног дела“), описана у члану 17 став 1 Закона. Примењује се у поступку финансијских истрага. У поступку важи дужност органа поступка да „воде рачуна о части и достојанству власника имовина“. Гаранције правичног спровођења поступка су поуке о правима, право на изношење доказа и података ради обарања претпоставке, прописивање правних средстава одбране и њихово делотворно коришћење и гаранције поступка судског одлучивања. У правној теорији истиче се да иако постоје примедбе које упућују на повреду привилегије против самооптужења, докази којима власник предочава да је имовину законито стекао “немају никакав вредносно обојен садржај који би упућивао на признање кривице за било коју противправну активност“.⁴⁹⁶

Ценећи да ли правни терет доказивања окривљеног крши основна начела права на правично суђење, ЕСЉП наглашава важност: 1. заштите права на одбрану *заштитним механизмима* (оцена и одлука суда, судски поступак, јавна расправа, унапред откривање случаја тужилаштва, право окривљеног на изношење доказа, право на правно заступање браниоца по слободном избору); 2. чињенице да је *тужилаштво имало терет да утврди да је подносилац представке држао предметну имовину релевантном периоду*; 4. иако је по закону суд морао да претпостави да предметна имовина потиче од трговине дрогом, та *претпоставка могла је да буде одбачена ако је подносилац представке показао да је стекао имовину легитимним средствима*; 5. да је *судија имао дискреционо право да не примењује претпоставку ако сматра да би примена тог закона довела до озбиљног ризика од неправде*.⁴⁹⁷ Поменуто указује да су ограничења оправдана ако постоји сразмеран легитиман циљ, заштитне гаранције остваривања права на одбрану и права на одбрану као фактори уравнотежења (права на одбрану која доводе до правичне равнотеже у кривичном поступку), што је суштина начела једнакости „оружја“.

2.3. Непристрасност јавног тужиоца и начело једнакости “оружја“

Непристрасност органа поступка једна је од општих гаранција права на правично суђење. Произлази из претпоставке невиности. Јавни тужилац дужан је да непристрасно разјасни сумњу о кривичном делу и да са једнаком пажњом испитује чињенице “на штету“ и “у прилог“ окривљеном (члан 6 став 4 ЗКП). Једнако испитивање чињеница у регионалном законодавству третира се као логичка целина са начелом једнакости „оружја“, облик једнакости у поступању уз начело једнакости „оружја“⁴⁹⁸, и захтев начела истине и правичности.⁴⁹⁹ Израз “разјашњење сумње“ подразумева и једнако испитивање чињеница у смислу истраживања у свим правцима ради одлучивања да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак. „У кривичном поступку утврђују чињенице, пре свега, органи који доносе одлуке у томе поступку.“⁵⁰⁰ Јавни тужилац најпре испитујући чињенице одлучује да ли ће одбацити кривичну пријаву (члан 283 ЗКП), покренути истрагу наредбом (члан 296

⁴⁹⁶ И. Вуковић, стр. 14.

⁴⁹⁷ *Grayson and Barnham v. The United Kingdom*, ECtHR, App. nos. 19955/05 and 15085/06, 23 September 2008 године, final on 23/12/2008, para 45, 48

⁴⁹⁸ члан 14 став 2 ЗКР БиХ/BD БиХ/RS, члан 15 став 2 ЗКР FBиН

⁴⁹⁹ члан 16 став 1 ЗКР CG

⁵⁰⁰ V. Bayer (1989), стр. 33.

став 1 ЗКП) и тиме покренути кривични поступак (члан 7 став 1 тачка 1 ЗКП) или ће непосредно подићи оптужницу (члан 331 став 6 ЗКП).

Увођењем јавнотужилачке истраге одговорност истражног судије за утврђивање чињеница само је пренета на јавног тужиоца, раније улози странке у истрази. За разлику од судије, јавни тужилац према Уставу ужива само гаранције самосталности, не и независности. Доктрина објашњава да је неопходно, нарочито с обзиром на ширење тужилачких овлашћења и „моћи“ до којег долази изменама у кривичном материјалном и процесном законодавству (индиректно, директно), да тужилаштво уместо монархистичког постане колективни орган што би подразумевало већу самосталност и независност заменика јавног тужиоца.⁵⁰¹

Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године, у параграфу 3, истицао је дужност свих власти, које раде или судују у кривичном поступку да са подједнаком брижљивошћу узимају у обзир како околности које окривљеника терете, тако и околности које му служе за одбрану, што сетумачило као принцип да поступање „не тежи само формалној правди, или шта више осуди по сваку цену, већ обратно да се утврди материјална истина.“⁵⁰² Начело материјалне истине („дужност да се истинито и потпуно утврде чињенице важне за доношење законите одлуке“) везивало је јавног тужиоца у поступању до усвајања Законика о кривичном поступку од 2011. године.

Ово схватање одговара посебној улози јавног тужиоца у уређењу друштва и државе која долази до изражаја у кривичном поступку. Тако се у старијој доктрини истицало да „државни тужилац није само странка, но и чувар закона, пошто он заступа државу, којој је стало до тога, да буде кажњен само онај, који је крив и уколико је крив, он не сме да делује у поступку партизански и једнострано, но мора, уколико је могуће, сачувати објективност и достојанство.“⁵⁰³ У новијој правној теорији постоји гледиште да и суд и јавни тужилац у оквиру својих функција врше одбрану окривљеног тако што је допуњавају („комплементарна одбрана“), „у мери која служи објективним циљевима кривичног поступка“.⁵⁰⁴ Такође, у доктрини износи се мишљење да је елиминисањем дужности утврђивања истине, „релативизирана и допунска делатност суда и јавног тужиоца“.⁵⁰⁵

Иако штити јавни интерес, јавни тужилац дужан је да поступа *објективно*.⁵⁰⁶ Адверзијалне поступке карактерише одсуство формално дефинисане дужности „истражне

⁵⁰¹ Вид.: В. Бајовић, „Положај и одговорност јавног тужиоца у расправном процесном моделу“, *Правни живот* 9/19, стр. 549 – 562.

О „приближавању“ уставног положаја јавних тужилаца и судија вид.: Боса Ненадић, Миодраг Мајић, Горан Илић, *Анализа уставног положаја јавног тужилаштва у Републици Србији са препорукама за његово унапређење*, Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2016, стр. 24 – 26.

⁵⁰² М. П. Чубински, стр. 71.

⁵⁰³ *Ibid.*, стр. 463.

⁵⁰⁴ В. Ђурђић (2014), стр. 199 – 200.

У правној теорији се објашњава да је јавни тужилац „носилац допунске одбране окривљеног“ у делу своје процесне активности, „у којој се стара и о заштити интереса окривљеног“. О томе: С. Бркић, Т. Бугарски, *Кривично процесно право I*, Прво издање, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2020, стр. 131.

⁵⁰⁵ С. Кнежевић (2015), стр. 174.

⁵⁰⁶ Према Смерницама о улози тужилаца (*Guidelines on the Role of Prosecutors*), датим на 8. Конгресу Уједињених нација у Хавани, 1990. године, *објективно поступање* објашњава се као обраћање пажње на положај осумњиченог, те на све релевантне околности, без обзира да ли су у корист осумњиченог, а у

непристрасности“⁵⁰⁷, „иако се како од полиције, тако и од државног тужиоца у професионалном смислу очекује да не буду „слепи“ за доказе који би користили одбрани.“⁵⁰⁷ У овом смислу, „тужилаштво је везано да поштује претпоставку невиности, али не мора да буде потпуно непристрасно.“⁵⁰⁸

Примедбе у погледу могућности остваривања непристрасности у вези су са правилом о терету доказивања. Теоретичари су још у 19. веку налазили да је „немогуће да се захтева непристрасност онога чији је задатак да истражи и открије кривице“.⁵⁰⁹ Указује се да је јавном тужиоцу „далеко теже да задржи непристрасност у поступку који је страначки конципиран и у коме му осуђујућа пресуда заправо значи победу, па се неретко истиче да су функције оптужбе и непристрасног утврђивања чињеничног стања психолошки неспојиве.“⁵¹⁰

Упркос страначкој улози тужиоца на главном претресу, Европска комисија за људска права примећује да *ради успостављања једнакости*, колико је то могуће, у већини законодавстава која поверавају истрагу јавном тужиоцу дају се инструкције јавном тужиоцу да прикупља доказе у корист окривљеног, на исти начин као и против окривљеног.⁵¹¹

У пракси Европског суда за људска права истиче се захтев да јавнотужилачкеистраге,узимајући у обзир све околности конкретног случаја у целини, одражавају „потребну темељност, објективност и интегритет“⁵¹², неспречавајући правду.

Појам непристрасности, његове правне захтеве и компоненте, те етичке елементе детаљно утврђује Етички кодекс јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Републике Србије.⁵¹³ Кодекс сврстава непристрасност у етичке принципе. Непристрасно поступање подразумева поступање: 1. на основу „*сопствене* оцене доказа и тумачења правних норми“; 2. „уз поштовање претпоставке невиности и права на правично суђење“. Дефинише се као дужност *објективног вођења поступка и доношења одлука*, поштовања *једнакости пред законом*, као и *поступања без наклоности или предрасуда*. Дужност се примењује на понашање у вршењу функције и понашање изван јавног тужилаштва. Захтева видљивост да би се учврстило поверење јавности, а нарочито учесника у поступку у непристрасност. Обухвата и дужност нечињења, уздржавање од понашања која прете да побуде сумњу у непристрасност.

Јавни тужилац је дужан да узме у обзир и разматра тврдњеи доказе одбране и да након правилне оцене свих расположивих података донесе одлуку да покрене кривични поступак доношењем наредбе за спровођење истраге, предложи одређивање притвора, или да поднесе оптужбу. Непристрасност јавног тужиоцаподразумева пре свега јавни тужилац доставља суду све податке и доказе релевантне за одлучивање о оптужби. На непристрасност јавног тужиоца указује и чињеница да је овлашћен да изјави правне лекове и у корист

Препоруци Савета Европе Рес (2000) 19 о улози јавног тужилаштва у кривично – правном систему, у смислу обезбеђивања да суд располаже свим релевантним подацима за спровођење правде.

⁵⁰⁷ М. Шкулић (2020 а), стр. 20.

⁵⁰⁸ S. Treshel, стр. 175.

⁵⁰⁹ J. D. Jackson, стр. 559.

⁵¹⁰ В. Бајовић (2012), стр. 835.

⁵¹¹ Opinion of the Commission *Jespers v. Belgium*, App. no. 8403/78, 15 October 1980, para 55, доступно на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95751>, приступљено 3. септембра 2018.

⁵¹² *Erukidze and Girgvliani v. Georgia*, ECtHR, App. no. 25091/07, 26 April 2011, final on 26/7/2011, para 258

⁵¹³ *Службени гласник РС*, бр. 87/2013

окривљеног (жалба у корист окривљеног, захтев за понављање кривичног поступка и захтев за заштиту законитости у корист окривљеног).

Захтев начела једнакости “оружја“ је да су на главном претресу јавни тужилац и окривљени странке, изједначене у процесним правима, средствима и могућностима. Дужности суда да непристрасно и правично спроведе поступак, одговара правоокривљеног да му суђење буде правично, те да суд обезбеди заштиту једнакости “оружја“. Главни претрес уређење начелно страначки, као расправни део поступка који води неутралан, објективан суд, по правилу доказно пасиван. У случајевима и под условима предвиђеним законом, суд је надлежан да утиче на боље разјашњење стања ствари. Без обзира што архитектура главног претреса садржи адверзијалне елементе, те јавни тужилац има улогу странке, формалноправно јавни тужилац задржава обавезу непристрасности⁵¹⁴.

Појава да тужилаштва и судови деле исте зграде, која није редак пример просторних “решења“ у државама, мотивисана пре свега спречавањем додатних трошкова тужилаштва за приступање пред суд и очувањем захтева хитности односно нарочите хитности кривичног поступка (у притворским предметима), доводи неретко до приговора у пракси и јавности упућеним начелној непристрасности јавног тужиоца због потенцијалних злоупотреба од стране службених актера кривичног поступка. Међутим, запажа се да сама по себи “просторна“, “техничка повезаност“ не генерише проблем њиховог посебног односа, независности и непристрасности, већ да проблем наступа у случају постојања заједничких техничких и административних служби који имају функцију у вези са доказима, те функционалну повезаност, што је појава у случају форми међународног правосуђа (стални Међународни кривични суд, *ad hoc* трибунали).⁵¹⁵

На главном претресу оптужени и бранилац имају право да поднесу захтев за изузеће јавног тужиоца због околности које доводе у сумњу његову непристрасност.⁵¹⁶ Ово правно средствоможе да се правдацињеницом да је јавни тужилац осим странке и државни орган, али и традиционалном значају да се трага за истином у кривичном поступку, а не да се руководи другим мотивима, личним или професионалним, у супротности са наведеним циљем.⁵¹⁷ Показује се одсуство спремности да се раздвоје начело правичности и истине тако што ће се начело истине потпуно елиминисати у кривичнопроцесном законодавству. Суд има изузетно ограничену доказну улогу, али се средством дужности непристрасности јавног тужиоца и захтевом за изузеће јавног тужиоца очекујена посредан начин да утичу на јавног тужиоца да тежи истини и за истом трага. Непристрасно поступање заменика јавног тужиоца присутног извођењу доказа на главном претресу, огледало би се у томе да ако једнаким испитивањем чињеница и доказа које су странке изнеле нађе да даље постојање оптужбе није законито и правилно, од оптужбе одустане.

⁵¹⁴ Остваривање дужности непристрасности на главном претресу практично се доводи у питање утврђивањем основног критеријума вредновања успешности у раду заменика јавног тужиоца – процента осуђујућих пресуда у односу на свако лице. Вид.: члан 17 Правилника о критеријумима и мерилима вредновања рада јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, *Службени гласник РС*, бр. 58/2014.

⁵¹⁵ Канцеларија тужилаштва је “орган“ сталног Међународног кривичног суда. О томе: М. Шкулић (2020 б), стр. 131, 132, стр. 337.

⁵¹⁶ Одредбом члана 42 став 1 ЗКП прописана је сходна примена правила о изузећу судија на јавне тужиоце и лица која су на основу закона овлашћена да јавног тужиоца замењују у кривичном поступку (заменике јавног тужиоца, те тужилачке сараднике), а према одредби члана 37 став 2 ЗКП, не треба да постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност.

⁵¹⁷ Ивана Миљуш, „Трагање за истином у кривичном поступку“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2017 – колективна монографија* (ур. Радмила Васић, Бојана Чучковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, стр. 269.

Дужност непристрасности није противна аутентичном тумачењу“основног“ и “унакрсног“ испитивања. Законска дефиниција само формално их одређује као врсте испитивања у адверзијалном моделу поступка. У одсуству њиховог детаљног регулисања на адверзијални начин, подразумева искључиво постављање питања.⁵¹⁸

Захтев за изузеће не сме да садржи паушалне наводе о пристрасности. Наводи морају да буду јасни и конкретни. Оптужени или његов бранилац треба да опишу све околности, радње односно непредузимања јавног тужиоца која указују на пристрасност у поступању и да их поткрепе доказима. У супротном, захтев ће се одбацити (члан 39 став 5 ЗКП). Не може да се заснива на радњама које је заменик јавног тужиоца вршио у складу са својим процесним овлашћењима.⁵¹⁹

Поставља се питање коме се поверава контрола непристрасности. Хијерархијска контрола прихваћена је чланом 42 став 2 ЗКП – а. Утврђено је да *о изузећу* (не о захтеву за изузеће) лица која су по закону овлашћена да замењују јавног тужиоца одлучује јавни тужилац, а не суд. Суду преостаје улога да поштујући начело једнакости „оружја“ спречава поједнако злоупотребу права јавног тужиоца и субјеката у функцији одбране, тако што ће једнако опходећи се према странкама и водећи се једнаким разлозима према странкама одбијати доказне предлоге и руководити поступком. Подношење захтева за изузеће може да буде и пример злоупотребе права на одбрану, ако је искључиво усмерен на одуговлачење кривичног поступка. Коришћење правног средства у складу са његовим циљем сликовито описује Т. Живановић: „Јавни тужилац и одбрана имају различите интересе, различита средства којима располажу, те је посебан циљ процесне радње (или просто циљ процесне радње) на име вршења дужности или права процесног субјекта.“⁵²⁰ Запажа се да јавни тужиоци, примењујући одредбу члана 42 став 1 ЗКП – а, одбацују захтеве за изузеће поднете на главном претресу против заменика јавног тужиоца, упркос што се поступак налази у фази главног претреса. Најефикасније и најисправније било би да судеће веће одлучује да ли захтеви поднети на главном претресу против заменика јавних тужилаца испуњавају формалне процесне претпоставке, посебно ако се узме у обзир да је суд дужан да спречи злоупотребу права, према одредби члана 14 ЗКП.⁵²¹ На овај начин онемогућио би се неоправдан прекид или одлагање главног претреса.

2.4. Независност и непристрасност суда и начело једнакости „оружја“

Независност суда конституционална је гаранција поштовања начела једнакости „оружја“. Суштинске карактеристике “трибунала“ изводе се из праксе ЕСЉП: 1). судска функција – „одлучивање о питањима из своје надлежности на основу закона и након

⁵¹⁸ Више о томе вид.: В. Бајовић (2012), стр. 837 – 840.

⁵¹⁹ Из праксе јавног тужилаштва издвајамо решење којим је одбачен захтев за изузеће заменика јавног тужиоца. Бранилац је у захтеву навео да сумња у пристрасност поступајућег заменика јавног тужиоца, јер је током његовог уводног излагања и предлагања доказа наведено да „у предмету прети наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења, те да поступајући заменик одбија да се испитају сведоци који су предложени од стране тужиоца у оптужном предлогу.“ Решење Првог основног јавног тужилаштва у Београду А број 374/17 од 16.10.2017. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

⁵²⁰ Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка) – II одељак*, Српска краљевска академија, Посебна издања, Друштвени и историски списи, Књига 55, издање Задужбине Драгослава Гођевића, Београд 1941, стр. 16.

⁵²¹ Судеће веће у овом случају треба да примени сходно одредбу члана 41 став 4 ЗКП, те да одбаци захтев за изузеће заменика јавног тужиоца.

поступка који се води на прописан начин“;2). додатни захтеви у односу на трибунал – „независност (посебно од извршне власти), непристрасност, трајање мандата његових чланова и процесне гаранције.“⁵²²Независност суда подразумева да лице које врши судијску функцију пружа потребне „гаранције независности како од извршних власти, тако и од странака у поступку, што спречава његову каснију интервенцију у кривичном поступку у корист органа гоњења.“⁵²³Критеријуми независности су: „начин именовања чланова и трајање њиховог мандата, постојање гаранција против спољних притисака као и питање да ли тело одаје утисак (спољни изглед) независног (*appearance of independence*).“⁵²⁴Европска комисија за људска права указује и да иста независност мора да се успостави и у односу на законодавну власт.⁵²⁵ Међутим, у домену поља слободне процене држава је избор судија, па се дозвољава да суд по унутрашњем праву државе буде образован како од стране извршне, тако и од стране законодавне власти.⁵²⁶

Непристрасност суда надовезује се на независност у оквиру права на правично суђење у целости (члан 6 став 1 Конвенције). Непристрасан суд обезбеђује равноправан процесни положај странака у поступку. Предуслов је за остваривање начела једнакости „оружја“. У литератури се наглашава да „непристрасност“ мора да постоји у односу према странкама у спору.⁵²⁷Непристрасност је одсуство предрасуда/наклоности/оштрашћености према окривљеном. Према унутрашњем праву испитује се применом објективног и субјективног мерила која је ЕСЉП поставио у случају *Piersack v. Belgium*, 8692/79, од 1982. године.⁵²⁸

Европска комисија за људска права нашла је да „заразна кампања штампе“ под неким околностима може да угрози непристрасност суђења, нарочито ако је покренуо један од државних органа.⁵²⁹Аутори указују да је Европска комисија за људска права неколико пута наглашавала да је ризик публицитета очигледнији у случајевима суђења пред поротом, код којих постоји опасност падања под утицај изјава учесника „оптерећених предрасудама“, те да је тада улога суда да неутралише „непримерене утицаје.“⁵³⁰„Обични грађани“ – правни лаици, начелно су склонији сугестији, подобнији да их заведе медијска реторика и реторика учесника у поступку који је вичнији говорник, природа и околности кривичног дела, због чега је важан избор и састав пороте.

⁵²² *Belilos v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 10328/83, 29 April 1988, para 64

⁵²³ *Magee and others v. The United Kingdom*, ECtHR, App. 26289/12; 29062/12; 29891/12, 12 May 2015, final on 12/8/2015, para 81

⁵²⁴ *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 7819/77; 7878/77, 28 June 1984, para 78.; *Incal v. Turkey*, ECtHR, App. no. 41/1997/825/1031, 9 June 1998, para 65

⁵²⁵ *Crociani et al. v. Italy*, EComHR, N° 8603/79, 8722/79, 8723/79 & 8729/79, 18 December 1980, стр. 147, 220., доступно на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74943>, приступљено 14. августа 2018.

⁵²⁶ Д. Поповић (2016), стр. 262.

⁵²⁷ Р. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр. 423. Беширевић Виолета *et al.*, *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017, стр. 127 – 128.

⁵²⁹ *Jespers v. Belgium*, EComHR, N° 8403/78, 15 October 1980, стр. 100, 127., доступно на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74933>, приступљено 11. марта 2019.

У овом случају уочавају се саопштења јавног тужиоца о хапшењу („основи сумње превише бројни и озбиљни да би се оставио на слободи“), интервју судије у канцеларији подносиоца представке, бомбастичан наслов у новинама поводом интервјуа ("*The Jespers case or gangrene of the soul*"), извештаје вештака о експлозији пре него што су унети у списе и пре него што је одбрани омогућено да их види.

⁵³⁰ Вид.: Р. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр. 425 – 426.

Потпунију дефиницију садржи одлука Комитета за људска права *Karttunen v. Finland*, 387/1989: „Судије не смеју да предузимају радње на начин који промовишу интересе једне од странака, а дужност је суда да размотри по службеној дужности законске основе за дисквалификацију и да замени чланове суда који потпадају под критеријуме дисквалификације.“⁵³¹ Важност захтева и ставова о непристрасности судија огледа се у њиховој примени и на неутралне судске вештаке, стручна лица, преводиоце и тумаче. Формална дужност непристрасности јавних тужилаца повлачи сходну примену одредаба о изузећу судија на јавне тужиоце.

Институтом изузећа (чл. 37 – 41 ЗКП), штите се захтеви непристрасности судија и судија поротника. Општу и негативну дефиницију непристрасности даје ЕСЉП – „одсуство предрасуда или пристрасности.“⁵³² Када је реч о праву на непристрасан суд, нормативни захтеви односе се на постојање правних правила о изузећу која су покушај да се осигура непристрасност *уклањањем разлога за бригу о њој*.⁵³³ У погледу значења објективне непристрасности ЕСЉП у предмету *Padovani v. Italy*, 13396/87 истичу се ставови: “1) поставља се питање да ли се, осим *понашања* судије, могу утврдити *чињенице које могу изазвати сумњу у његову непристрасност* и 2.) важно је *поверење јавности* које судови у демократском друштву морају да инспиришу те, пре свега *окривљеног* ако је у питању кривични поступак.”⁵³⁴

Законик о кривичном поступку у одредби члана 37 став 1 тачка 1– 4 таксативно наводи разлоге за обавезно изузеће, а у члану 37 став 2 прописује факултативно изузеће „околности које изазивају сумњу у непристрасност“, које не доводе до “аутоматског” искључења судије из актуелног поступка, већ су подложне оцени надлежног органа за одлучивање. “Законодавац је настојао да искључи ситуације које би могле да доведу до одређеног предубеђења судије које би се негативно одразило на његову способност да непристрасно одлучује“ (обавезно изузеће), док „околности које изазивају у сумњу непристрасност судије, морају да буду *објективно оправдане*, односно неопходно их је *оценити* у светлу конкретног случаја.“⁵³⁵ Гаранције за искључење сумње у непристрасност пружају се пре свега уређењем да је обавезно изузеће у случају постојање релевантног личног односа судије са оштећеним и тужиоцем (судија оштећен кривичним делом, брачни друг тужиоца, оштећеног, њиховог законског заступника или пуномоћника, са њима у заједници живота – ванбрачна или друга трајна заједница, са њима у сродничком односу у правој линији, побочној линији до четвртог степена, тазбини до другог степена, са тужиоцем или оштећеним у односу старатеља, штићеника, усвојитеља, усвојеника или хранитеља), у случају поступања судије у претпретресном поступку (поступање у истом предмету као судија за претходни поступак)⁵³⁶, учешће судије након истраге у различитим фазама

⁵³¹ *Karttunen v. Finland*, Communication No. 387/1989, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/387/1989 (1992).
доступно на <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/dec387.htm>, приступљено 4. априла 2019.

⁵³² *Piersack v. Belgium*, ECtHR, App. no. 8692/79, 1 October 1982, para 30

⁵³³ J. Омејес, стр. 1134.

⁵³⁴ para 27

⁵³⁵ Одлука Уставног суда РС Уж 4461/2010 од 12. децембра 2013. године, 6.

доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 4. априла 2019.

⁵³⁶ Према пракси ЕСЉП при оцени да ли постоји оправдани страх у вези са непристрасношћу судије важни су опсег и природа мера из претходног поступка које је предузео судија. Вид. *Fey v. Austria*, ECtHR, App. No. 14396/88, 24 February 1993, para 30.

Суд указује да би окривљени могао да осећа неку нелагоду ако види да је судија који одлучује о оптужби против њега онај који му је одредио притвор и у више наврата га испитивао током претходног поступка,

поступка (учествовање у одлучивању о потврђивању оптужнице⁵³⁷, у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком), раније учествовање у поступку (у својству тужиоца, законског заступника или пуномоћника оштећеног односно тужиоца, саслушан као сведок или вештак, ако није другачије прописано).

Захтев за изузеће имају правода поднесу обе странке равноправно и под једнаким условима. Процесне последице неуредног захтева исте су за обе странке (члан 39 став 3 и 5 ЗКП, члан 41 став 4 ЗКП). Иако одредба члана 41 став 4 ЗКП предвиђа да ће се захтев за изузеће одбацити ако не садржи све што је потребно у смислу одредбе члана 39 став 3 и 5 ЗКП, окривљеног који нема браниоцасуд треба дапоучи о обавезном садржају захтева, те да му наложи уређење у смислу одредаба о поднесцима 229 став 3 и 4 ЗКП, водећи рачуна о околностима конкретног случаја. Обавеза сваког националног суда је да провери да ли је, како је конституисан "непристрасан" суд у смислу одредбе члана 6 став 1 Конвенције, што подразумева испитивање приложених доказа уз захтев за изузеће.⁵³⁸ Приликом одлучивања о захтеву за изузеће став окривљеног је важан, али је одлучујуће да ли се страх да судија нијенепристрасан може сматрати *објективно оправданим*.⁵³⁹

Уставни суд позива се на пресуде ЕСЉП инепристрасност сагледава истовремено са два аспекта: објективног (апстрактног) и субјективног (конкретног). Примећује да је „чисто објективна непристрасност, превазиђена у пракси ЕСЉП, да се заснива на строгој раздвојености функције гоњења, истраге и суђења, док више субјективна, садашња, претпоставља, поред објективне, анализу околности конкретног случаја у којем судија није поштовао раздвојеност наведених функција.“⁵⁴⁰

Објективни тест који примењује ЕСЉП своди се на утврђивање да ли је судија понудио *гаранције* довољне да се искључи свака *легитимна сумња* у непристрасност, а субјективни тест се односи на доказивање да ли постоји лична пристрасност судије односно да се „одреди лично уверење одређеног судије у датом случају.“⁵⁴¹

Цене се спољашње понашање, радње, објективне околности које може да уочи, објективни посматрач.⁵⁴² С друге стране, у пресуди *Kuprianou v. Cyprus [GC]*, 73797/01, од 15. децембра 2005. године (у којој се примењује и субјективни и објективни тест), у вези са

иако му је постављао питања вођен утврђивањем истине. Такође, истиче да судија претходно стиче посебно детаљно сазнање о понекад обимном спису, те да може да се појави у очима окривљеног као неко ко је у положају који му омогућава пресудну улогу на суђењу, чак и као неко ко има унапред формирано мишљење које би у тренутку доношења одлуке тешко могло да буде у равнотежи. Вид.: *Cubber v. Belgium*, ECtHR, App. 9186/80, 26 October 1984, para 29

⁵³⁷ У пракси је доминантно језичко тумачење да се ово правило о изузећу односи на учествовање судије, као члана ванпретресног већа, у доношењу решења о потврђивању оптужнице, не и на учествовање судије у оцени формалне исправности оптужнице о којој постоји само констатација у оквиру службене белешке у списима предмета нити на учествовање судије у доношењу наредбе којом се јавном тужиоцу наређује спровођење/допуна истраге ради бољег разјашњења стања ствари (што би се могло довести у питање, с обзиром да је судија учествовао у испитивању оптужнице и доказа који је поткрепљују и у оцени оправдане сумње).

⁵³⁸ *Remli v. France*, ECtHR, App. 16839/90, 23 April 1996, para 47 – 48

⁵³⁹ *Padovani v. Italy*, ECtHR, App. 13396/87, 26 February 1993, para 27

⁵⁴⁰ Одлука Уставног суда РС Уж 4461/2010 од 12. децембра 2013. године, 5.2., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 4. априла 2019.

⁵⁴¹ *Hauschildt v. Denmark*, ECtHR, App. no. 10486/83, 24 May 1989, para 46 – 47.; *Incal v. Turkey*, ECtHR, App. no. 41/1997/825/1031, 9. June 1998., para 65

⁵⁴² Појам „објективног посматрача“ наведен је у случају *Pullar v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 22399/93, 10 June 1996, para 39

личним разлозима пристрасности указује се да је противно непристрасном приступу суда „категоричност у изражавању судија у целој одлуци“, која указује на „огорченост и шок“, те на потребу оцене да ли су судије успеле да се „дистанцирају од ситуације у довољној мери.“⁵⁴³

Лична непристрасност, одсуство личне осуде одређеног судије у предмету, претпоставља се, а супротно седеказује чврстим доказима. Теоретичари налазе и да није важно шта судије мисле, као и остали званичници, јер не можемо да се надамо да ћемо то контролисати или да ћемо чак моћи на то да утичемо, већ да ли се понашају по правилима и процедурама.⁵⁴⁴ Доказивање мисли, идеја, унутрашњих ставова судија и судија поротника, које доводе до давања повољнијег процесног положаја једнојстранци, своди се у суштини на указивање на изражавање истих током поступка у вези са процесним радњама које суд предузима. „Не постоји непропусна подела између објективне и субјективне непристрасности, јер понашање судије не само да може да доведе до објективно одржаних сумњи у погледу непристрасности са становишта спољног посматрача (објективни тест), већ се може поставити питање личног уверења (субјективни тест).“⁵⁴⁵

У вези непристрасности суда, поставља се питање када су дозвољене и потребне интервенције судије, које врсте интервенција и у ком обиму. Непрописна и прекомерна интервенција може да буде показатељ пристрасности. Суд је дужан да руководи поступком тако што ће спречити непотребно одуговлачење кривичног поступка, злоупотребу права, штетне последице за неугог окривљеног или другог учесника у поступку (члан 14 став 1 ЗКП, члан 8 ЗКП) манифестујући једнак (недискриминаторски) третман према странкама. У литератури се наводи да је због проблема у дебати оправдана интервенција судије и то, „спровођењем добрих правила процедуре.“⁵⁴⁶ Начело једнакости „оружја“ захтева, упркос оцени да ли су упадице суда биле оправдане или не, да се цени да ли постоји суштинско ометање субјеката у функцији одбране да остварују своју процесну функцију. Из случаја *CG v. United Kingdom*, 43373/98, пресуда од 19. децембра 2001. године проистиче да је потребно да се цени да ли постоји спречавање „заступника подносиоца представке да настави да користи стратегију одбране, коју је покушао да развије било током унакрсног испитивања или предлагања сопствених доказа“, као и „да ли је мешање, иако је било претерано и непожељно, учинило суђење у целости неправичним.“⁵⁴⁷ Судуспоставља нарушену равнотежу. Потребно је да има „стрпљење да повременим интервенцијама и указивањима, претежно тужиоцу, врати неопходну смиреност на цео поступаки обезбеди одбрани сваку могућу прилику да у потпуности представи свој случај.“⁵⁴⁸

⁵⁴³ Цереми Мекбрајд, *Пракса Европског суда за људска права* (превод дела: *Human rights and criminal procedure – The case law of European Court of Human Rights*, превод Alpha Team One), Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2009, стр. 149.

⁵⁴⁴ Richard L. Lippke, *Taming the Presumption of Innocence*, Oxford University Press, New York 2016, стр. 24.

⁵⁴⁵ *Kyprianou v. Cyprus*, ECtHR, App. 73797/01, 15 December 2005, para 119

Више о овом предмету: Д. Поповић (2016), стр. 263.

⁵⁴⁶ Као примери се наводе *лутања од теме*, покушај да се предузму други *корази који не би били од помоћи у побољшању квалитета убеђивања* у дијалогу; да једна странка може да се труди да застраши другу тако да стално покушава да изгледа да друга странка није испунила свој терет доказивања; да једна странка може да покуша да доминира дигресијама и надугачим разговорима, спречавајући *другој странци да уопште говори*. Вид.: Douglas Walton, *Burden of Proof, Presumption, and Argumentation*, Cambridge University press, New York, 2014, стр. 282.

⁵⁴⁷ Ц. Мекбрајд, стр. 151 – 152.

⁵⁴⁸ *Panayiotou v. Cyprus*, ECtHR, App. no. 20009/06, 20 January 2011, final on 20/4/2011, para 49

Доказне интервенције прописане су у члану 15 став 3 ЗКП у виду налога странци да предложи допунске доказе и одређивања да се допунски докази изведу. Предузимају се под кумулативним условима 1. противречни или нејасни изведени докази 2. неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Улогу суда лимитира правило да је терет доказивања на тужиоцу (члан 15 став 2 ЗКП) и одсуство формалне дужности суда да трага за материјалном истином, а не само по себи начело једнакости „оружја“. Доказно уплитање суда не сме да има за последицу штетан ефекат по одбрану, јер је противно правилу о терету доказивања.

Интервенције у вези са подношењем доказа, постављају се као захтев правичног (поштеног) поступка у Римском статуту. Председник већа има могућност да током главног претреса издаје упутства којима је циљ правично и непристрасно одвијање суђења, а према таквим упутствима, странке у складу са правилима Статута подносе доказе (члан 64 став 8 (б) Римског статута).⁵⁴⁹

2.5. Поуке о правима окривљеног

Поуке о правима окривљеног значајне су за правично вођење поступка. Новија правна теорија сматра их сегментима начела правичног вођења поступка.⁵⁵⁰ Имају практичне последице у кривичном поступку. Омогућавају делотворно остваривање права на одбрану и уопште учествовање правно неугог окривљеног у кривичном поступку. У литератури се помиње да „судска дужност бриге“ (*Gerichtliche Fürsorgepflicht*), допуњује право на правично суђење тражећи од судија да помогну посебно окривљенима који немају браниоца и неискусним окривљенима у правилном остваривању права и да се уздрже од искоришћавања положаја ових окривљених тражећи од њих, на пример, да изјаве да се одричу права на изјављивање жалбе убеђујући их да су према њима поступали са благошћу, а у намери избегавања потребног образложења пресуде.⁵⁵¹

С друге стране, у правној теорији издваја се и гледиште да нема поучавања неуге странке, те дужности судије да помаже неугој странци у акузаторном типу поступка „из простог разлога што је у природи логике конкуренције да она не сме да буде нелојална“.⁵⁵²

У вези делотворног учешћа окривљеног, из јуриспруденције ЕСЈП произлази да ако се у суштини, као општа повреда, истиче да је подносилац представке лишен могућности да изнесе свој случај пред суд у конкретном и на ефективан начин, Суд утврђује повреду члана 6 Конвенције, наглашавајући да не постоји потреба да засебно доноси одлуку о повреди начела једнакости „оружја“ између подносиоца представке и тужилаштва.⁵⁵³ Поменуто ипак не умањује значај поука о правима, као предуслова делотворног учествовања у поступку правно неугог окривљеног. Препреке за ефикасно остваривање права на одбрану могу да се превазиђу ако власти, свесне тешкоћа за окривљеног, својим активним поступањем у складу

⁵⁴⁹ М. Шкулић (2009 б), стр. 344.

⁵⁵⁰ Вид.: М. Шкулић (2010 а), стр. 591 – 592.

У ранијој кривично процесној литератури поуке о правима и правним последицама радњи и пропуштања сматране су манифестацијом материјалне истине. Вид.: Т. Васиљевић, М. Грубач, стр. 19.

⁵⁵¹ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2012, стр. 23.

⁵⁵² Б. Ристивојевић, стр. 128.

⁵⁵³ *Vacher v. France*, ECtHR, App. no. 20368/92, 17 December 1996, para 30, 31

са позитивним обавезама обезбеде да окривљени разуме да може потражити остваривање права на правну помоћ.⁵⁵⁴

Поукесе могу сврстати у додатне заштитне гаранције, процесне мере уравнотежења и један од инструмента за обезбеђивање начела једнакости „оружја“. Без поука правно неук окривљени који нема браниоца (у случајевима када одбрана није обавезна) у потпуности би се деградирао као странка у поступку и онемогућио да парира јавном тужиоцу, посебно у условима страначки оријентисаног суђења. Директива ЕУ 2012/13 од 22. маја 2012. године о праву на информацију у кривичном поступку прописује поуке о правима ухапшеног лица (*Letter of Rights*) које морају да буду хитне, писане и одређене садржине. Поуке треба да буду писане једноставним и разумљивим језиком.⁵⁵⁵ Битна поука за остваривање начела једнакости „оружја“ је *информисање о праву на приступ материјалима предмета*, било да су у прилог или на штету осумњиченог/окривљеног.⁵⁵⁶

Орган поступка је дужан, према члану 8 ЗКП, да поучава окривљеног о правима која му припадају, а правно неугог окривљеног о последицама пропуштања да предузме неку радњу или искористи своја права.⁵⁵⁷ Пошто су намењене окривљеном, ради потпуног разумевања треба да се прилагоде личности окривљеног у конкретном случају. Захтев није изричито прописан, али следи из елементарних захтева правичности (пре свега права на информисање).⁵⁵⁸ Такође, орган поступка је дужан, према члану 85 став 2 ЗКП, да упозори окривљеног о његовим дужностима у кривичном поступку (члан 70 ЗКП), те последицама њиховог пропуштања, што је вид поука. Одсуство поука може да има практичне последице: постојање незаконитог доказа, те издвајање записника о извођењу доказа, утврђивање постојања битних повреда одредаба кривичног поступка од одлучног утицаја на доношење законите и правилне одлуке, те усвајање/уважавање жалбе изјављене против одлуке као и немогућност примене појединих процесних института и мера.

Поуке прописане ЗКП – ом могу се класификовати на више начина.

2.5.1. Поуке према форми изражавања

Према форми изражавања поуке су усмене или писане. Правила у члану 68 став 1 тачка 1 и члана 69 став 1 тачка 1 ЗКП, која регулишу права окривљеног и ухапшеног користе израз „обавестити“, а у члану 85 став 2 ЗКП предвиђа се да се окривљеном „саопштавају“ права. Писана поука даје се у позиву окривљеном за прво саслушање (члан 191 став 2 и члана 192 став 1 ЗКП). Судски пословник, прописује да суд доставља осумњиченом

⁵⁵⁴ *Panovits v. Cyprus*, ECtHR, App. no. 4268/04, 11 December 2008, final on 11/3/2009, para 72

⁵⁵⁵ Е. Ivičević Karas, Zoran Burić, Marin Bonačić, “Unapređenje procesnih prava osumnjičenika i okrivljenika u kaznenom postupku, pogled kroz prizmu europskih pravnih standarda”, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 23, 1/2016, стр. 27.

⁵⁵⁶ *Directive (EU) 2012/13 of the European Parliament and of the Council on the right to information in criminal proceedings*, 22 May 2012, 32., 1.6.2012, L 142/1

⁵⁵⁷ Законик о судском кривичном поступку од 16. фебруара 1929. године указивао је на значај поука приписујући дужности поучавања екстензиван карактер. У параграфу 3 било је прописано да су „све власти које раде или судују у кривичном поступку, дужне да поучавају окривљеника о његовим правима и онде где то у закону и није нарочито речено“. Вид.: М. П. Чубински, стр. 71.

⁵⁵⁸ Закон о кривичном поступку Шпаније прописује и формалну обавезу да се поуке прилагоде окривљеном. „Информације које окривљени прима морају бити прилагођене узрасту, степену зрелости, инвалидитету и другим личним околностима које могу довести до промене у способности да разуме обим информација које му се пружају.“ Вид.: Artículo 118 (1), *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, BOE, núm. 260, de 17/09/1882, modificado por el art. único.1 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10725

односно окривљеном пре првог саслушања *писаним путем* обавештење о правима приликом саслушања у складу са ЗКП – ом, што се остварује приликом првог позивања окривљеног (члан 102 став 3).⁵⁵⁹ Основна поука окривљеном је о праву на браниоца и о праву да бранилац присуствује његовом саслушању. Омогућава да окривљени ангажује браниоца пре саслушања. Окривљени се поучава о дужности обавештавања о промени адресе пребивалишта или боравишта, односно о намери њихове промене, што је неопходно да би му се могла одредити тежа мера за обезбеђење присуства и за несметано вођење кривичног поступка. Посебна је поука о опцији достављања преко огласне табле суда и о достављању преко пуномоћника за пријем писмена (члан 246 став 1 и 2 ЗКП).

Приликом предузимања доказних радњи поуке се записнички констатују, па је записник доказ да су дате. Према ставу судске праксе, одбрана окривљеног током поступка схвата се целовитом и у смислу поука, а процесне последице одсуства формално констатованих појединачних упозорења на записнику о саслушању осумњиченог у ранијим фазама поступка цене се у сваком појединачном случају.⁵⁶⁰ Поуке се шаљу окривљеном писаним путем ради уређења поднеска или ради одговора на оптужницу.

2.5.2. Поуке према фази поступка

Према фази поступка поуке се дају приликом првог саслушања и лишења слободе (обавештавање оправима окривљеног и ухапшеног⁵⁶¹), током вођења поступка (поука о правним средствима која су на располагању окривљеном, о опредељењу за браниоца, поуке приликом предузимања доказних радњи, поуке о непридржавању блажих мера за обезбеђење присуства окривљеног), приликом пресуђења (поука о праву на изјављивање жалбе, поуке о условној осуди, трајању и последицама неиспуњења обавеза заштитног надзора, о последицама неплаћања новчане казне, необављања рада о јавном интересу, неспровођења казне одузимања возачке дозволе, поуке о спровођењу и трајању мера безбедности), те *након правноснажности* (поуке о допунизактева за понављање кривичног поступка).

Одсуство поуке о одговору на оптужницу, вида поуке о правном средству, противно је равноправности странака у фази контроле оптужнице. Спречава окривљеног да се супротстави јавном тужиоцу пред судом у вези ступања оптужнице на правну снагу. Према ставу ЕСЈП, оптужница игра кључну улогу у кривичном поступку, по томе што је од тренутка достављања окривљеном формално дато писмено обавештење о чињеничном и

⁵⁵⁹ Судског пословника, *Службени гласник РС*, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 – испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018 и 43/2019.

⁵⁶⁰ Записником пред судом може се конвалидирати формални пропуст из претходног записника уколико појединачно упозорење није изричито унето, будући да одбрана окривљеног представља једну недељиву целину. Вид: Пресуда Врховног касационог суда Кзз 655/2016 од 9.6.2016. година, доступно на <https://vk.sud.rs/sr-lat/kzz-6552016>, приступљено 20. јула 2019.

⁵⁶¹ Једна од основних примедби праксе је да из Законика о кривичном поступку произлази „да се ухапшени поучава тек непосредно пре првог саслушања, за разлику од ранијег ЗКП – а који је прописивао да се окривљени мора поучити о правима у моменту хапшења.“ Вид: Југослав Тинтор, „О потреби измена Законика о кривичном поступку“, *Бранич – Часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије* 1-4/2016, 2018, стр. 85.

Иако Законик неоправдано не садржи изричиту одредбу о тренутку поучавања, која је била садржана у његовом претходнику, формулација одредбе члана 69 став 1 тачка 1 ЗКП – а да ухапшени има право да „одмах на језику који разуме буде обавештен о разлогу хапшења“, као и одредбе члана 291 став 2 ЗКП – а, да „ухапшени мора бити поучен о правима“, упућује нас на другачији закључак.

правном основу оптужби против њега.⁵⁶² Достављање оптужнице преко огласне табле суда може да се изврши ако је извесно да је окривљени поучен у позиву о могућности суда да достави сва писмена путем огласне табле суда и ако постоји доказ му једостављач оставио обавест о истицању на огласну таблу. У противном, треба предузети радње провере адресе и блаже мере обезбеђења присуства окривљеног, да се не би кршило начело контрадикторности и равноправности странака у поступку.⁵⁶³

Издајамо пример из судске праксе. Након правноснажности решења којим је прихваћен предлог заменика јавног тужиоца о кажњавању окривљеног окривљеном изречена казна затвора, истекао је рок дат окривљеном за плаћање новчана казне, али је суд одбио да замени новчану казну казном затвора, због “одсуства доказа да је окривљени јасно поучен о својим правима у кривичном поступку, праву на правни лек и процесним дужностима, те о последицама пропуштања, формалноправно неиспитујући законитост одлуке којом је изречена новчана казна.”⁵⁶⁴

2.5.3. Поуке према садржини

Према садржини поука издајамо поуке о правима, садржају поднесака, поуке о роковима и последицама њиховог пропуштања, поуке о језику. У правној теорији се указује да само ако се осумњичени поучи о правима у преткривичном поступку, када је посебно рањив, постоји могућност да се осигура „барем приближно једнакост страна“.⁵⁶⁵

Окривљеном се налаже уређење поднесака, ако не садрже све што је потребно да би се по њима могло даље поступати. У налогу се окривљени поучава шта све одговарајући поднесак мора да садржи према одредбама ЗКП – а, као и да ће се поднесак одбацити, ако у одговарајућем року не поступи у складу са налогом. Законик прописује обавезне поуке и након правноснажности пресуде. Када је окривљени поднео захтев за понављање поступка, у смислу одредбе члана 472 став 1 ЗКП, поучава се да је потребно да наведе разлоге и доказе. Нису ретке ситуације да окривљени прецизно не наведе предмет захтева, па да суд не може да закључи које правно средство правно неуки окривљени намерава да поднесе.⁵⁶⁶

⁵⁶² *Kamasinski v. Austria*, ЕСТHR, App. no. 9783/82, 19 December 1989, para 79

⁵⁶³ О томе вид.: Ивана Миљуш, Бојана Станковић, „Контрола оптужнице“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, Златибор – Београд 2016, стр. 572 – 573.

⁵⁶⁴ Из решења Првог основног суда у Београду К бр. 5664/13 – 1. Кв бр. 426/16 од 15.3.2016. године, прибављеног непосредно у Првом основном суду у Београду.

⁵⁶⁵ Katja Šugman Stubbs (2015), стр. 77 – 78.

⁵⁶⁶ Иако одредбе о подношењу захтева за изрицање јединствене казне не регулишу могућност враћања захтева на допуну, примећујемо у судској пракси да се у овом правцу упућују поуке осуђеном. Честе су ситуације да осуђени не наведе јасно и прецизно пресуде које су предмет захтева, па да суд не може са извесношћу да утврди на које се пресуде односи. Упркос томе што не постоје законом обавезне поуке у погледу овог правног средства које има карактеристике ванредног правног лека, у судској пракси запажамо да се примењују опште одредбе о уређењу поднесака. Поступање је резултат прописивања да се одредбе члана 229 ЗКП односе и на правне лекове, али и потребе да се окривљеном обезбеди да ефективно може да оствари процесна права и након правноснажности пресуде. Други разлог је оправдан посебно ако се има у виду да бранилац по службеној дужности губи својство када се кривични поступак правноснажно оконча.

Окривљени се јасно поучава о тачном временском размаку за предузимање процесне радње и правним последицама пропуштања. Не може да има штетне последице услед погрешних поука, што произлази и из одредбе члана 274 став 3 ЗКП.⁵⁶⁷

Поуке о језику требада будуза окривљеног јасне и недвосмислене. Према одредби члана 11 став 3 ЗКП, ако окривљени након поуке о праву на превођење, не изјави да зна језик на коме се поступак води и да се одриче права на превођење, обезбедиће му се преводилац на терет буџетских средстава суда. Поуке о праву, узимање изјаве од окривљеног ове садржине и постављење преводиоца средства су за обезбеђење поштовања права окривљеног на преводиоца. Преводисе све што учесници у поступку износе, исправе и други писани доказни материјал. Орган поступка дужан је да окривљеног пре првог саслушања поучи, у складу са одредбом члана 68 став 2 у вези са чланом 68 став 1 тачка 1 ЗКП, о праву да подробно и на језику који разуме буде обавештен о кривичном делу које му се ставља на терет, природи и разлозима оптужбе.

Оправдано је да се окривљеном објасни право на преводиоца чим постоји сумња да не разуме језик на коме се води поступак, јер су поуке предуслов за остваривање права окривљеног. Није довољно да окривљени може да оствари комуникацију са органом поступка обичним, свакодневном говором, већ да разуме „језик поступка“, ток поступка и да разуме оптужбу, што мутреба предочити и проверити. Међутим, суд не сноси сву одговорност. Цене се све околности конкретног случаја.

Важно је да орган поступка пре подношења оптужнице, ако постоје околности које побуђују сумњу у знање језика, изврши адекватне провере, да ли окривљени зна/разуме језик поступка, докле разумевање окривљеног досеже и да ли је довољно да у потпуности схвати оптужбу и о истој се изјасни односно истој одговори. Суд треба да прати изјаве и понашање окривљеног, те да ли постоји потреба за преводиоцем током главног претреса. На тај начин може да „излечи недостатке“ из претходних фаза поступка. Како то сликовито описује ЕСЉП, „судећи судија је крајњи чувар правичности поступка.“⁵⁶⁸ Окривљени који не разуме језик органа поступка може, у ствари, „бити стављен у неповољнији положај ако није добио писани превод оптужбе на језику који разуме.“⁵⁶⁹ „Квалитет обезбеђеног превођења мора да буде такав да осигура практичну и делотворну способност појединца да разуме и прати ток

⁵⁶⁷ Издвајамо закључак из одлуке Врховног касационог суда: „Имајући у виду да окривљени у првостепеном поступку није имао браниоца, да је у првостепеној пресуди у упутству о праву на жалбу назначен рок од 15 дана, да је окривљени тек тада ангажовао браниоца који је изјавио жалбу последњег дана назначеног рока за жалбу, другостепени суд је одбацујући ову жалбу као неблаговремену, повредио кривични закон на штету окривљеног, који као неука странка није морао знати да је рок за жалбу у скраћеном поступку 8 дана.“ Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 79/10 од 24.3.2010. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr/>, приступљено 20. јула 2019.

⁵⁶⁸ *Cuscani v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 32771/96, 24 September 2002, final on 24/12/2002, para 39; *Hermi v. Italy*, ECtHR, App. 18114/02, Grand Chamber, 18 October 2006, para 72

⁵⁶⁹ *Kamasinski v. Austria*, ECtHR, App. no. 9783/82, 19 December 1989, para 79

У пресуди није утврђена повреда члана 6 став 3 тачка (е) Конвенције нити члана 6 Конвенције у целости, с обзиром на то да оптужени и бранилац нису током суђења ставили приговор у погледу потребе превођења. Окривљеном није ускраћено право да преиспитује оптужницу, јер је поднео приговор на оптужницу позивајући се на доказну неутемељеност. При томе, није указивао на потребу превођења, а изјавио је да је оптужницу разумео. Суд је, у параграфу 81, нашао да „одсуство писменог превода оптужнице није спречило окривљеног да се брани нити му је ускратило правично суђење.“

предмета који је против њега покренут, односно да то не остаје у домену теоријског и илузорног.⁵⁷⁰

У јуриспруденцији ЕСЉП уочавамо да повреде права на језик могу да буду релевантне као повреда права из члана 6 став 3 (а), јер окривљени може да буде у односу на тужиоца у практичном недостатку у кривичном поступку.⁵⁷¹ Државни правосудни органи треба да предузму кораке у циљу обезбеђења поштовања захтева из члана 6 став 3 (а) Конвенције, осим ако су били у стању да утврде да је окривљени у конкретном случају довољно знао језик да би разумео обавештење о оптужби.⁵⁷²

Такође, повреда се сагледава са аспекта поштовања захтева из члана 6 став 3 (е) Конвенције. Право на бесплатну помоћ преводиоца гаранција је права на правично суђење и примењује се без обзира на исход кривичног поступка. Односи се на „усмене изјаве дате на главном претресу, документарни материјал и претпретресни поступак, а које је неопходно да окривљени разуме да би имао право на правично суђење.“⁵⁷³ У неким случајевима право на постављење преводиоца није нужно, већ је довољна усмена језичка помоћ у интерпретацији. Начелно, „пружена помоћ при интерпретацији треба да буде таква да омогући окривљеном да сазна за случај против њега и да се брани, нарочито да је у могућности да пред суд изнесе своју верзију догађаја“, а оцена у конкретном случају да ли је потребно да окривљени детаљно познаје језик суда зависи од језичког знања окривљеног, сложености, природе дела и било какве комуникације које домаће власти упућују окривљеном.⁵⁷⁴

2.6. Дужност пружања помоћи учеснику у поступку

Дужност пружања помоћи државних органа у циљу прикупљања доказа, из члана 19 ЗКП, једнако је уређена у односу на јавног тужиоца, суд или други орган поступка и окривљеног и његовог браниоца. Прихватањем елемената адверзијалног кривичног поступка уводи се формални паралелизам овлашћења јавног тужиоца и могућности окривљеног, а прикупљање доказа одбране у циљу припремања и изношења одбране постаје законски видљиво.

Дужност пружања помоћи једно је од средстава за остваривање начела једнакости „оружја“. Омогућава реализацију права окривљеног пре свега, да му се осигура довољно времена и могућности за припремање одбране, да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ и да прикупља доказе за своју одбрану (члан 68 став 1 тачка 7, 8 и 9 ЗКП) и права и дужности браниоца која одговарају правима окривљеног (члан 71 став 3 и 5 ЗКП и члана 72 став 1 тачка 2 ЗКП). Надовезује се на право осумњиченог и његовог браниоца током истраге да самостално прикупљају доказе и материјале у корист одбране и њихово право да од правног лица, уз његову сагласност, преузму предмете и исправе и прибаве обавештења, те права браниоца, као адвоката, да тражи и благовремено добије информације, списе и доказе у поседу и под контролом државних органа из члана 36 ЗА.⁵⁷⁵

⁵⁷⁰ Нула Мол, Катарина Харби, стр. 131.

⁵⁷¹ *Hermi v. Italy*, ECtHR, App. no. 18114/02, Grand Chamber, 18 October 2006, para 68

⁵⁷² *Brožicek v. Italy*, ECtHR, App. no. 10964/84, 19 December 1989, para 41

⁵⁷³ *Hermi v. Italy*, ECtHR, App. no. 18114/02, Grand Chamber, 18 October 2006, para 69

⁵⁷⁴ *Hermi v. Italy*, ECtHR, App. no. 18114/02, Grand Chamber, 18 October 2006, para 70 – 71

⁵⁷⁵ О томе вид.: Горан П. Илић *et al.*, стр. 156 – 157, стр. 796.

У истрази јавни тужилац одлучује о предлогу одбране да се прибаве исправе и други докази у корист одбране (члан 302 ЗКП). Није дужан да усвоји предлог, већ даобјективно цени његову релевантност и целисходност у складу са дужношћу непристрасности. Активност одбране која је довела до прикупљањакорисних информација, података или списка предлог може да учини непотребним или да га додатно поткрепи. На припремном рочишту, према члану 347 став 3 ЗКП, начелна дужност из члана 19 ЗКП остварује се упућивањем налога председника већа, на предлог странке, да се прибаве списи, исправе или предмети у поседу суда или другог надлежног органа.

Примена дужности државних органа није ограничена на одређене фазе кривичног поступка, нити у вези са одређеним процесним радњама одбране. Закоником о кривичном поступку није утврђен рок, процесне последице неиспуњења дужности, нити контрола поступања по дужности, што су додатне гаранције остваривања права одбране.⁵⁷⁶

Када је реч о јавном тужиоцу и суду као државном органу у односу према окривљеном и браниоцу, дужност је конкретизована одредбама ЗКП – а, те подвргнута извесним ограничењима. У складу са захтевима једнакости „оружја“, ограничења треба да се примене рестриктивно, када је то нужно и неопходно ради заштите легитимног интереса и на начин да се применом суштински не вређа право на одбрану коришћењем мера уравнотежења које доводе до правичне равнотеже у кривичном поступку.

2.7. Суђење у присуству окривљеног

Суђење у присуству окривљеног основно је правило, стандард кривичног поступка. Извор је већег броја елементарних права окривљеног. Према члану 14 став 3 тачка д Међународног пакта о грађанским и политичким правима, предвиђа се као минимално јемство у оквиру права окривљеног. Основни је захтев и „оружје“ у оквиру начела једнакости „оружја“. Право на суђење у присуству омогућава окривљеном да се изјасни о оптужби, да активно пружа одбрану, да предложи доказе у своју корист, да испитује сведокеи стручне саветнике одбране, да се суочи са тужилаштвомпреиспитујући доказе тужилаштва и одговарајући на наводе, коментаре, предлоге и оцене тужилаштва. Значај права сагледава се не само из угла захтева начела правичности него и из потребе да се правилно и у потпуности утврди чињенично стање. Повезује начело правичности са тежњом ка трагањем за истином у кривичном поступку. Наведено произлази и из става ЕСЉП који указује на значај правила како због права окривљеног да буде саслушан тако и због потребе да се провери тачност његових изјава и да се упореди са изјавама оштећеног и сведока.⁵⁷⁷ „Накнадни проналазак

⁵⁷⁶ У македонском кривичном поступку, који формално и засебно регулише истрагу одбране, шира дужност (дужност органа државне управе, локалне самоуправе, правних/физичких лица која врше јавна овлашћења и других правних лица) достављања докумената, списка и обавештења у складу са законом утврђена је у вези прилика за припремање одбране, у делу који се односи на радње одбране. Везана је за рок који је краћи у случају притворског предмета. Ако ови субјекти не одговоре, бранилац може да се обрати суду (судија за претходни поступак, суду током главне расправе) да нареди достављање података, а прописане су последице непоступања по прихваћеном захтеву (новчано кажњавање одговорних односно службених лица). Вид.: члан 311 ЗКП Северне Македоније.

⁵⁷⁷ *Medenica v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 20491/92, 14 June 2001, final on 12/12/2001, para 54

окривљеног по правилу доводи до понављања поступка како би се чињенично стање још правилније утврдило уз учешће „главног актера“ догађаја“.⁵⁷⁸

Право на суђење у присуству не помиње се изричито у члану 6 став 1 Конвенције, али без присуства окривљеног на суђењу тешко је да се остварују права окривљеног да се брани лично, да испитује сведоке/да постигне да се сведоци испитају, да има бесплатну помоћ преводиоца као и могућност суда да непосредно цени доказе које је окривљени изнео у присуству.⁵⁷⁹ Начело да пре него што оптужени буде осуђен, сви докази против њега морају по правилу да буду изведени у његовом присуству на јавној расправи садржано је у члану 6 став 3 (д) Конвенције.⁵⁸⁰ Међутим, немогућност одржавања суђења по стандарду суђења у присуству, према пракси ЕСЈП, може да паралише вођење кривичног поступка, у смислу да може да доведе до, на пример, осипања доказа, застарелости гоњења или неостваривање правде.⁵⁸¹ Ономогућавање окривљеном да присуствује испитивању сведока, захтева процесне мере уравнотежења које ће да надокнаде недостатке унакрсног испитивања и да успоставе неопходну равнотежу између странака.

У адверзијалним (страначким) поступцима није дозвољено суђење у одсуству, што је у складу са страначком доказном активношћу пред судом, практичном потребом окривљеног да се делотворно брани да би теза одбране победила у доказном дуелу, теретом доказивања и доминантним правом окривљеног да изабере да се брани сам. Могуће је да оптужени на суђењу „чак и када се гони за најтежа кривична дела, нема браниоца ако он сам то неће, тј. изричито то изјави да жели сам себе да „заступа““.⁵⁸² Суђење у присуству произлази из вредности и значајаконфронтационе клаузуле из Устава САД (Шестог амандмана), којом се окривљеном у кривичном поступку гарантује право да се суочи са сведоцима оптужбе, што подразумева суочење лицем о лице и немогућност да окривљени учествује у поступку путем видеоконференцијске везе. Право на суђење у присуству омогућава конфронтацију, третира се врхунском гаранцијом правичног суђења. Уједно, захтева да се суду омогући да делотворно и континуирано посматра окривљеног. Осим у случајевима одређених дозвољених одрицања окривљеног од права на физичко присуство, утврђује се обавезно присуство када је реч о првом појављивању окривљеног пред судом, претходном поступку и изјашњењу о кривизи, као и током фаза суђења и изрицања казне (Правило 43а).

Правило суђења у присуству ипак није апсолутно, могућа су извесна, крајње лимитирана и рестриктивна одступања која морају да буду таква, предузета под условима и примењена тако да се не наруши суштина садржаја конфронтационе клаузуле. Изузетак предвиђају Федерална правила поступка: 1. могућност удаљења окривљеног из суднице ако нарушава процесну дисциплину, под прецизним условима (Правило 43); 2. могућност да се користи видео – теле конференција по сагласности окривљеног у поступку првог појављивања окривљеног пред судом и претходног поступка који обухвата информисање окривљеног о оптужби и изјашњење о оптужби (Правило 5 и 10), с тим што је тумачење суђења у присуству и његових изузетака Врховног суда САД крајње уско тако да се,

⁵⁷⁸ В. Бајовић, „Суђење у одсуству и понављање поступка лицу осуђеном у одсуству“, *Правни живот* 9/2016, стр. стр. 669 – 670.

⁵⁷⁹ *Colozza v. Italy*, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985, para 27; *Zana v. Turkey*, ECtHR, App. no. 18954/91, 25. November 1997, para 68, 71; *Brozicek v. Italy*, ECtHR, App. no. 10964/84, 19 December 1989, para 45

⁵⁸⁰ *Pačić protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 47082/12, 29. ožujak 2016, par. 28

⁵⁸¹ *Colozza v. Italy*, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985, para 29

⁵⁸² М. Шкулић (2020 а), стр. 22.

полазећи од Правила 43 (б) (2) дозвољава употреба видеоконференцијске везе када је у питању изјашњење о кривици по сагласности окривљеног само ако су у питању прекршаји.⁵⁸³

Законик о кривичном поступку суђење у присуству утврђује у члану 13 ЗКП, у оквиру основних одредаба. Доступном окривљеном може да се суди само у његовом присуству, осим када је суђење у одсуству Законом изузетно дозвољено. Појам присуства подразумева поред физичке присутности (члан 13 став 1 ЗКП) и омогућавање окривљеном делотворне одбране у смислу да буде саслушан и да се брани (члан 13 став 2 ЗКП). У противном, доступном окривљеном не може се изрећи кривична санкција. Основни захтев кривичног поступка је да се окривљеном пружи прилика да се изјасни о оптужби и да користи сва процесна права и средства која су му на располагању. Омогућавање одбране окривљеном, ипак не обухвата нужно и његово физичко присуство, посебно ако се имају у виду и други интереси које је потребно заштити у демократском друштву. Иако се у нашем кривичном поступку усвајају бројни адверзијални елементи, правило суђења у присуству трпи изузетке и ограничења.

У правној теорији указује се да је недостатак Законика о кривичном поступку прописивање могућности да се истрага (тима и кривични поступак) води против непознатог учиниоца без заштитних гаранција. Не предвиђају се јемства у истрази (бранилац постављен по службеној дужности за посебан случај), у каснијем поступку против окривљеног који буде откривен нити забрана да се на доказима из тако спроведене истраге заснива пресуда (за случај да се сведоци и вештаци не могу испитати на главном претресу) чиме се угрожава начело једнакости оружја.⁵⁸⁴

Суђење у присуству примењује се у првостепеном кривичном поступку, у складу са строгим начелним захтевима и конкретним условима, а у специфичном виду поступку по правним лековима. Учешће окривљеног у кривичном поступку путем техничких средстава за пренос слике и звука („виртуелно учешће окривљеног“) према Законику о кривичном поступку предвиђа се као опција (факултативна примена) у изузетно лимитираним случајевима, у вези са удаљењем оптуженог из суднице (члан 371 став 1 ЗКП), да би се обезбедило учешће оптуженог пред другостепеним судом на седници већа и претресу (члан 447 став 4 ЗКП, члан 449 став 4 ЗКП), при чему се одређују услови за овај вид учешћа окривљеног.

Европски суд за људска права разматра да ли је учешће окривљеног путем видео конференције на расправи пред жалбеним судом тежило легитимном циљу у оквиру Конвенције (спречавању нереда, спречавању кривичних дела, заштити сведока и жртава кривичних дела у вези њихових права на живот, слободу и сигурност и у складу са разумним роком), уз проверу и оцену да ли су приликом вођења кривичног поступка била поштована права на одбрану (омогућено да се користи видео – конференцијска веза, да се виде лица, да се чује оно што је речено, присутност браниоца).⁵⁸⁵ Кључно за примену начела једнакости „оружја“ управо је да се оцени ли је „окривљени неправично у подређеном положају“ у односу на тужиоца.⁵⁸⁶ Иначе, виртуелно учешће окривљеног у кривичном поступку *a priori*

⁵⁸³ Више о томе: И. Миљуш, „Изазови и ризици увођења видео линка у кривични поступак“, Зборник радова: Унификација права и правна сигурност, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Том II, Београд 2020, стр. 20 – 23.

⁵⁸⁴ В. Ђурђић (2013 а), стр. 723.

⁵⁸⁵ *Marcello Viola v. Italy*, ECtHR, App. no. 45106/04, 5 October 2006, final on 5/1/2007, para 72 – 75

⁵⁸⁶ *Delcourt v. Belgium*, ECtHR, App. no. 2689/65, 17 January 1970, para 34; *Marcello Viola v. Italy*, ECtHR, App. no. 45106/04, 5 October 2006, final on 5/1/2007, para 76

нијепротивноКонвенцији,која га начелно не забрањује, али су националне државе дужне да прибегну „овој мери“ само ако служи легитимном циљу и да обезбеде да организација давања исказа буде „компатибилна са захтевима правичног поступка“, на начин утврђен у члану 6 Конвенције.⁵⁸⁷

Право оптуженог да буде присутан у другостепеном поступку, на седници већа, према члану 447 став 2 и 3 и 4 ЗКП, везано је за постојање захтева оптуженог (изричит или подразумевани, у виду предлога за одржавање претреса пред другостепеним судом) или (ако оптужени није поднео захтев) оцену да ли је његово присуство корисно за разјашњење стања ствари односно било неопходно да би се стање ствари разјаснило. У другом случају, суд треба „позитивним мерама да обезбеди његово присуство.“⁵⁸⁸ Оптуженом и његовом браниоцу се, према члану 449 став 2 и 3 ЗКП, упућује позив за претрес пред другостепеним судом, а оптужени се у позиву упозорава на последице пропуштања одазивања на уредан позив (суђење у одсуству и постављење браниоца по службеној дужности).

2.8. Ограничења правила суђења у присуству

Правило суђења у присуству није апсолутно. Дозвољава ограничења која прате заштитне гаранције права на одбрану. Када су у питању лакша кажњива дела, у складу са европским стандардима дозвољено је да се поступак у целини и у одређеним фазама води у писаној форми или без саслушања осумњиченог или оптуженог од стране надлежних државних органа у вези са кажњивим делом, под условом да је у складу са правом на правично суђење (члан 7 став 6 Директиве (ЕУ) 2016/343).

Законик о кривичном поступку разликује више видова изузетака/ограничења правила суђења у присуству: 1. суђење у одсуству (члан 381 ЗКП); 2. одржавање главног претреса у одсуству оптуженог у скраћеном поступку (члан 507 став 2 ЗКП); 3. одсуство оптуженог пред другостепеним судом (одсуство на седници већа пред другостепеним судом према члану 447 ЗКП и суђење у одсуству на претресу пред другостепеним судом према члану 449 став 3 ЗКП); 4. другислучајеви ограничења (одсуство оптуженог са припремног рочишта из члана 388 став 2 ЗКП, удаљење оптуженог из суднице према члану 371 ЗКП и члану 390 став 5 ЗКП, одржавање главног претреса у одсутности оптуженог према члану 383 став 2 ЗКП и употреба техничких средстава за пренос слике и звука у одређеним случајевима). Услови примене ограничења прописани су Закономиком и утврђује их са извесношћу суд. Недостаци настали за одбрану надокнађују се процесним мерама у равнотежења које обезбеђују начело једнакости „оружја“.

2.8.1. Суђење у одсуству

Суђење у одсуству изузетно се може применити, под крајње рестриктивним условима који не стављају окривљеногу подређени положајс обзиром на његово понашање након сазнања да се против њега води кривични поступак и задовољење минималних права на одбрану, те важност кривичног поступка и друге околности које оправдавају суђење у одсуству. Чињеница да је окривљени својом вољом недоступан државним органима не може да оправдава несразмерне санкције за понашање окривљеног с обзиром на значај права на

⁵⁸⁷ *Marcello Viola v. Italy*, ECtHR, App. no. 45106/04, 5 October 2006, final on 5/1/2007, para 67

⁵⁸⁸ *Botten v. Norway*, ECtHR, App. no. 16206/90, 19 February 1996, para 53

одбрану и начело владавине права у демократском друштву.⁵⁸⁹ У регионалном кривичнопроцесном праву присутне су и забране суђења у одсуству.⁵⁹⁰

Право на одбрану обезбеђује се у поступку одлучивања (рестриктивни услови за примену института, доношење образложеног решења већа суда на предлог тужиоца, постојање права на изјављивање жалбе на решење према члану 381 ЗКП), обавезном одбраном од доношења решења о суђењу у одсуству (члан 74 став 1 тачка 4 ЗКП) и гаранцијом понављања поступка осуђеном у одсуству (479 – 481 ЗКП). На овај начин се одржава остваривање услова „разумна равнотежа јавног интереса са интересом правде.“⁵⁹¹ Равноправно учествовање окривљеног у поступку, након доношења решења о суђењу у одсуству, огледа се у могућности да се преко постављеног браниоца “изнесе докази у корист оптуженог и испитују сведоци оптужбе и саокривљени, оспоравају њихови искази и да се изјављују редовни и ванредни правни лекови против пресуде.“⁵⁹² Услови за одлучивање о суђењу у одсуству, не смеју се флексибилније схватити, јер вођење суђења у одсуству оптуженог у складу са свим процесним правилима, само по себи не може надоместити гаранције суђења у присуству, те у довољној мери захтеве једнакости „оружја“ по редовном току ствари.

Правило суђења у присуству примењује се када је окривљени доступан суду. Супротно, суђење у одсуству језаконито и легитимно када је окривљени *недоступан у објективном смислу*. Орган поступка треба да предузме исцрпне и неопходне мере у циљу обезбеђења присуства окривљеног током кривичног поступка. Потребно је да постоји доказ да су предузимани објективни напори, све законом предвиђене могућности за обезбеђење присуства окривљеног. Поступање подразумева покушај реализације најпре блажих мера у погледу сваке познате адресе окривљеног засебно, те ако је непознато боравиште окривљеног, утврђивање његове адресе путем потражних радњи полиције и обавештења о предузетим радњама (члан 597 ЗКП).

Иако постојање нереализованог решења о одређивања притвора није *a priori* услов да би се лице третирало да је у бекству, у судској пракси се цени да ли је донето, као доказ о недоступности и претходног стварања могућности да се окривљени лиши слободе.⁵⁹³ Ако су испуњени услови за покретање поступка екстрадиције, потребно је да се предузму радње из члана 15 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима⁵⁹⁴ – ЗМППКС у циљу њене реализације. Фактичке тешкоће достављања окривљеном позива не могу да доведу до закључка да је окривљени недоступан све док нису исцрпљене све могућности реализације доставе. Чињеница да се окривљени налази у иностранству, сама по себи, не говори о недоступности окривљеног. Околност да је позната адреса пребивалишта односно боравишта окривљеног у иностранству, али да се достава путем вида међународно правне помоћи тешко реализује, није довољна да би се сматрао недоступним.

⁵⁸⁹ *Poitrinol v. France*, ECtHR, App. no. 14032/88, 23 Novembar 1993, para 38

⁵⁹⁰ члан 247 ЗКР БиХ, члан 262 ЗКР ФБиХ, члан 247 ЗКР БДБиХ, члан 262 ЗКР Републике Српске

⁵⁹¹ *Colozza v. Italy*, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985, para 29

⁵⁹² Одлука Уставног суда РС Уж – 5745/2012 од 24. октобра 2013. године, 5.,
доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 27. априла 2019.

⁵⁹³ У судској пракси долази се до закључка да је „суд у могућности да предузима процесне радње за обезбеђење присуства окривљеног, када према окривљеном није одређен притвор нити издата наредба за издавање потерница“. Из решења Првог основног суда у Београду К бр. 1048/15 – Кв 1590/17 од 15.11.2017. године, прибављеног непосредно у Првом основном суду у Београду.

⁵⁹⁴ *Службени гласник РС*, бр. 20/2009

Субјективан услов је „намера бекства“. Захтева у суштини утврђивање објективних чињеница као што су да ли је окривљени предузимао процесне радње за време боравка у иностранству, да ли је прецизно обавестио суд о адреси у иностранству, да ли је изостајао са главних претреса, да ли је изостанке правдао оправданим разлозима. Начелно, суд испитује да ли је окривљени имао „добар разлог за одсуство“ или да ли има „било шта да гарантује закључак о одсуству због околности које су ван његово контроле, те се не сме наметнути терет доказивања окривљеном да није желео да избегне правду или да је његово одсуство због више силе (*force majeure*).“⁵⁹⁵ Битни показатељи суприсућа окривљеног у суд, предузимање процесне радње у поступку, правдање изостанка. Чињеница да је окривљени у притвору у неком другом поступку указује да је доступан државним органима.

Суђење у одсуству тражи испуњење захтева да је окривљеном претходно *омогуђено да буде саслушан и да се брани*. Према ставу ЕСЉП, поступак који се води у одсуству окривљеног није сам по себи у супротности са чланом 6 Конвенције, већ је потребно да се утврди да ли се оптужени „недвосмислено одрекао права да се појави и да се брани уз то да је одрицање праћено минималним заштитним гаранцијама сразмерним његовом значају.“⁵⁹⁶ Према Комитету за људска права суђење у одсуству мора да прати поштовање основног захтева правичног поступка, а то је да је *оптужени позван благовремено и обавештен о покренутом поступку*, што суд државе чланице утврђује у конкретном случају.⁵⁹⁷ Европски суд за људска права испитује да ли је окривљени имао прилику да се упозна са поступком против њега и разлозима оптужбе (било какав „наговештај покретања кривичног поступка против њега“).⁵⁹⁸

Суђење у одсуству је институт примењив изузетно из криминално – политичких разлога. Према одредби члана 381 став 1 ЗКП захтева кумулативно испуњење два услова: утврђивање да је окривљени у бекству или да није доступан државним органима (*утврђивање недоступности*) и *нарочито оправданих разлога* за суђење у одсуству. За окривљеног који се крије пре суђења не може се, на пример, рећи да се прећутно, према његовом понашању, одрекао права да му се суди у присуству, ако то није јасно предвидива последица његових радњи у смислу јасне предвиђености у закону.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ *Sejdovic v. Italy*, ECtHR, App. no. 56581/00, 1 March 2006, para 88

⁵⁹⁶ *Sejdovic v. Italy*, ECtHR, App. no. 56581/00, 1 March 2006, para 86; *Somogyi v. Italy*, ECtHR, App. no. 67972/01, 18 May 2004, final on 10/11/2004, para 66

⁵⁹⁷ *Ali Maleki v. Italy*, N° 699/1996, UN Human rights Committee, CCPR/C/66/D/699/1996, 13 September 1999, стр. 5., доступно на <https://www.hr-dp.org/contents/864>, приступљено 1. августа 2019.

⁵⁹⁸ *Colozza v. Italy*, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985, para 28; *Somogyi v. Italy*, ECtHR, App. no. 67972/01, 18 May 2004, final on 10/11/2004, para 72

Утврђивања да ли је окривљени био упознат да се против њега води кривични поступак, испитује се у вези са марљивошћу државних органа да пронађу окривљеног. Вид.: *Colozza v. Italy*, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985, para 28.

Проналазимо у нашој судској пракси да се услов „упознавање са оптужбом“ примењује и строго у смислу да се цени околност да ли се окривљени „изјаснио и у погледу измене оптужног акта, односно да ли је поводом истог саслушан.“ Из Решење Првог основног суда у Београду К бр. 2717/11 – Кв 1363/17 од 9.10.2017. године, прибављено непосредно у Првом основном суду у Београду.

⁵⁹⁹ Clare Ovey, Robin White, стр.190.

Важна је оцена да је окривљени „*својом вољом био недоступан суду*“ односно да му није „кривицом суда била ускраћена могућност и право да непосредно учествује у кривичном поступку (јер се налазио у бекству).“⁶⁰⁰

Уставни суд није надлежан да процењује постојање „нарочито важних разлога“, већ утврђује „да ли је судски поступак који је претходио подношењу уставне жалбе у целини био правичан, а у одсуству очигледне произвољности у доношењу оспорених одлука није надлежан да оцењује правилност закључака кривичних судова у погледу утврђеног чињеничног стања и начина на који је примењено меродавно право, нити да врши контролу законитости донетих судских одлука.“⁶⁰¹ Релевантно је да ли је суд дао образложење своје одлуке којом оправдава ограничење права окривљеног у кривичном поступку, те да ли је окривљеном, упркос ограничењу основног права на присуство кривичном поступку, била обезбеђена и омогућена делотворна одбрана.

Под нарочито оправданим разлозима, у смислу околности конкретног случаја, сматрају се у пракси пре свега природа, тежина кривичног дела, околности под којима је дело учињено, обим и бројност штетних последица, бројност оштећених, одбрана окривљеног (околност да ли спори чињеничне наводе), број оптужених у предмету, околност да је један од саоптужених у притвору а да нису испуњени услови за раздвајање кривичног поступка, фаза кривичног поступка, скорије наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења. У теорији се извајају разлози моралне природе „умирење јавности узбуђене извршењем тешког кривичног дела, изражавање опште друштвене осуде и сл.“⁶⁰² Свакако, само по себи, постојање једне од околности не може бити довољно да би се утврдило постојање нарочито оправданог разлога. Оклоности се цене у својој међусобној зависности.

Поставља се питање у којој процесној фази најраније суд има овлашћење да донесе одлуку да се окривљеном суди у одсуству у смислу одредбе члана 381 ЗКП. Када је реч о другим видовима изузетака/ограничења правила суђења у присуству, фаза поступка је неспорна. Суђење у одсуству регулисано је у оквиру претпоставки за одржавање главног претреса. Законик користи формулацију да се „оптуженом“ може судити у одсуству. Ако применимо аутентично тумачење којим се одређује у којој процесној фази окривљени има назив „оптужени“, закључујемо да се решење о суђењу у одсуству доноси искључиво након потврђивања оптужнице у редовном кривичном поступку, односно након одређивања главног претреса у скраћеном поступку. Врховни касациони суд заузео је став да се „решење о суђењу у одсуству из члана 381 ЗКП може донети само након доношења решења о потврђивању оптужнице, када ће се окривљеном поставити и бранилац по службеној дужности.“⁶⁰³ Слично тумачење проналази се у ранијој судској пракси: „Суд треба прво да покуша да достави оптужницу и позив.“⁶⁰⁴

Упркос заузетим ставовима, судови поступају и другачије. Нису ретки случајеви да оптужница садржи предлог за суђење у одсуству, а да кривично ванпретресно веће најпре одлучује о предлогу јавног тужиоца, па да доставља оптужницу браниоцу на одговор.

⁶⁰⁰ Одлука Уставног суда РС Уж – 5745/2012 од 24. октобра 2013. године, 5.

⁶⁰¹ Одлука Уставног суда РС Уж – 5745/2012 од 24. октобра 2013. године, 5.

⁶⁰² М. Грубач, *Кривично процесно право*, Пето издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду – ЈП „Службени гласник“, Београд 2008, стр. 408.

⁶⁰³ Одговори на питања кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 4.4.2014. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/odgovori-na-sporna-pitanja>, приступљено 8. јуна 2019.

⁶⁰⁴ ВСВ, Кж. 322/68 и Кж 158/68 од 25.6.1968. Вид.: Т. Васиљевић, М. Грубач, стр. 655.

Задовољење минималних захтева правичности сматра се испуњеним (осим остварењем претходних заштитних гаранција из истраге), постављањем браниоца окривљеном и достављањем оптужнице браниоцу. У прилог ставује да одредба члана 307 ЗКП наводи као *факултативне разлоге* за прекид истраге недоступност осумњиченог (не зна се његово боравиште, у бекству или недостижан државним органима), а да одредба члана 300 став б ЗКП захтева ангажовање суда због немогућности доставе позива осумњиченом да присуствује доказним радњама (претходно одобрење судије за претходни поступак за предузимање испитивања сведока или вештака од стране јавног тужиоца). Осим тога, у делу регулисања поступања у поновљеном поступку осуђеном у одсуству (члан 481 став 1 ЗКП), предвиђа се да ће суд одредити да се окривљеном достави оптужница и решење о потврђивању оптужнице, ако му раније нису достављени, па се може закључити и да је пре потврђивања оптужнице веће из члана 21 став 4 ЗКП овлашћено да одлучи о суђењу у одсуству.

Екстензивније тумачење проналазимо и у правној теорији: „Поступак се може водити у одсуству одбеглог окривљеног, не само у фази главног претреса, већ цео кривични поступак.“⁶⁰⁵ Ранији став у правној теорији да се решење о суђењу у одсуству може донети у претходном поступку⁶⁰⁶ имао је упориште у члану 413 став 3 ЗКП/2001 који је остављао могућност да се у поновљеном поступку ствар врати у стање истраге, односно да се истрага спроведе ако је није било“.⁶⁰⁷

Став ЕСЉП да је „битан предуслов за обезбеђивање правичног поступка пружање пуне, детаљне информације о оптужбама против оптуженог, а самим тим и о правној квалификацији коју суд може да прихвати у предмету“,⁶⁰⁸ није препрека екстензивнијем тумачењу, с обзиром на то да Суд даје аутономно значење појму оптужбе. Минимални претходни захтев за одлуку о суђењу у одсуству је да је окривљени био у прилици да буде обавештен о оптужби у материјалном смислу (чија детаљност зависи од фазе поступка) и да му је пружена могућност да се брани у поступку. Суштински, из угла права на одбрану, нема разлике између случаја када је окривљеном достављена формална оптужница преко огласне табле суда, а након потврђивања оптужнице донето решење о суђењу у одсуству и случаја када је донето решење о суђењу у одсуству пре потврђивања оптужнице. У оба примера окривљени је имао браниоца коме је уредно достављена оптужница и који је имао право да поднесе одговор на оптужницу. Додатне заштитне гаранције суда је приликом позивања и/или саслушања окривљени поучен о својим процесним дужностима (члан 192 став 1 ЗКП, члан 85 став 2 ЗКП), услови и поступак одлучивања о суђењу у одсуству (члан 381 ЗКП) као и предвиђање понављања поступка осуђеном у одсуству искључиво под условом да се захтев поднесе у року од шест месеци од наступања могућности да се окривљеном суди у присуству (члан 480 став 1 ЗКП).

⁶⁰⁵ С. Кнежевић, „Суђење у одсуству окривљеног“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 66, Правни факултет у Нишу, Ниш 2014, стр. 93.

⁶⁰⁶ М. Грубач (2008), стр. 408.

⁶⁰⁷ В. Бајовић (2016), стр. 675.

⁶⁰⁸ *Pelissier and Sassi v. France*, ECtHR, App. no. 25444/94, 25 March 1999, para 52

2.8.2. Одржавање главног претреса у одсуству оптуженог у скраћеном поступку

Одржавање главног претреса у одсуству оптуженог у скраћеном поступку (члан 507 став 2 ЗКП)⁶⁰⁹ захтева испуњење три услова: 1. материјалноправни – прописана казна (главна казна *новчана казна* или затвор *до три године*); 2. процесно правни – изостанак саглавног претреса уредно позваног оптуженог коме се суди, узимање изјаве од јавног тужиоца и претходно саслушање оптуженог; 3. оцена суда да саслушање оптуженог није нужно. „Одредбе које регулишу скраћени поступак уведене су са циљем да кривични поступак буде једноставнији и бржи“, а институт суђења у одсуству се примењује у скраћеном поступку и када окривљени није претходно саслушан, пре свега ради „предупређења наступања застарелости кривичног гоњења, која значи наносење штете и интересима друштва и интереса лица оштећених кривичним делом.“⁶¹⁰

Из праксе ЕСЉП произлази да може да буде поступака у којима се усменарасправа можда неће захтевати: на пример, када нема питања веродостојности или спорних чињеница које захтевају расправу и судови могу поштено и разумно да одлучују о случају на основу поднесака страна и других писаних материјала.⁶¹¹ Када је реч о кривичним предметима, иако се одређена тежина приписује кривичном поступку, а која се огледа у кривичној одговорности и наметању казни и превентивних (одвраћајућих) санкција очигледно је да постоје кривични предмети који немају значајан степен стигматизације.⁶¹²

Заштитна гаранција начела једнакости „оружја“ уз коју се примењује овај изузетак, прописана је одредбом члана 506 став 4 ЗКП. Оптужени се поучава да ће се главни претрес одржати у његовом одсуству, ако за то постоје законски услови. Без ње нису испуњене процесне претпоставке за примену изузетка. Одсуство јасне поуке и доказа о њеном пријему, доводи неуког окривљеног у неравноправни положај са јавним тужиоцем, посебно ако у кривичном поступку нема браниоца. У упоредном законодавству налазимо пример да се поукама даје значај обавезног законског услова, без кога нема примене изузетка суђења у присуству, ако се поступак води за кривична дела за која је прописана блажа кривична санкција.⁶¹³

Практично, суд се ретко опредељује да примени овај изузетак. Разлог је најпреопште овлашћење суда да по службеној дужности разјасни извођење доказа и да тиме омогући да се предмет доказивања свестрано расправи (члан 15 став 4 ЗКП), као и конкретно овлашћење да поставља питања оптуженом (члан 398 став 5 ЗКП), да проверава признање окривљеног у одређеним случајевима (члан 88 ЗКП), да проверава одбрану оптуженог (члан 397 став 3, 4 ЗКП). Само ако је признање потпуно и задовољава остале услове из члана 88 ЗКП, суд би начелно могао да нађе, уз испуњење претходно наведених захтева за примену института, да

⁶⁰⁹ У правној теорији овај изузетак суђења у присуству одређује се као „режим суђења у одсуству“, „суђење *недошавшем окривљеном*“ (иначе доступном) за лакша кривична дела. Вид.: В. Ђурђић (2014), стр. 57.

⁶¹⁰ Пресуда Врховног касационог суда КЗЗ 12/10 од 14.4.2010. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-1210-skra%C4%87eni-postupak-su%C4%91enje-u-odsustvu>, приступљено 1. августа 2019.

⁶¹¹ *Jussila v. Finland*, ЕСтНР, App. no. 73053/01, 23 November 2006, para 41

⁶¹² *Ibid.*, para 43

⁶¹³ Закон о кривичном поступку Савезне Републике Немачке (StPO) предвиђа неопходност поука када је реч о суђењу без оптуженог. Према параграфу 232, суђење без оптуженог примењује се ако је окривљени уредно позван, ако му се могу изрећи блаже казне и поједине мере безбедности и неке мере (не и казна затвора), као и *уколико је окривљени у позиву поучен* да се расправа може одржати и у његовом одсуству. У норми параграфа 233 предвиђен је институт „ослобођења обавезе појављивања на главном претресу на захтев оптуженог“ и услов за његову примену, саслушање о оптужби и *поучавање о правним последицама*.

поновно саслушање оптуженог није нужно. Осим тога, одредба члана 406 ЗКП не дозвољава у овом случају читање записника из истраге о саслушању окривљеног пред јавним тужиоцем.⁶¹⁴

2.8.3. Одсуство оптуженог пред другостепеним судом

Суштински, критеријум потребе „разјашења ствари“ из члана 447 ЗКПједини је видљив услов за оцену да ли је вођење поступка било фер према оптуженом. Ово указује и на везу између потребе да се чињенично стање правилно и потпуно утврди са начелом правичности, својствену континентално–европском типу поступка. У поступку одлучивања о присуству окривљеног, да би обезбедио правичан поступак, суд треба да се руководи околностима конкретног случаја: особинама поступка у целини, улогом суда који поступа по правном леку, природом питања о којима се одлучује, њиховом значају за окривљеног, на који начин се презентују и заступају интереси одбране.⁶¹⁵ Веће може на овај начин да „исправи“ процесну неактивност оптуженог (одсуство захтева да се обавести о седници већа или предлога да се одржи претрес пред другостепеним судом) узроковану фактичком неједнакошћу у односу на јавног тужиоца (пре свега када је реч о одсуству окривљеног који нема браниоца). Улогу већа потребно је тумачити у складу са рестриктивном активношћу суда када изостане воља странака да утичу на ток поступка – предузимање радњи у интересу одбране ради успостављања равнотеже у кривичном поступку.

Одсутност окривљеног пред судом правног лека оправдана је према ЕСЈП ако је: 1. окривљени имао право присуствовања суђењу пред првостепеним судом;⁶¹⁶ 2. присуство окривљеног није сврсисходно што се цени узимајући у обзир више смерница (природа поступка пред судом правног лека и његов значај у контексту кривичног поступка у целини, надлежност другостепеног суда, као и начин представљања интереса окривљеног,⁶¹⁷ значај исхода поступка за окривљеног,⁶¹⁸ обим жалбе,⁶¹⁹ природа кривичног дела и забрана повећања казне по жалби⁶²⁰).

Суђење у одсуству на претресу пред другостепеним судом темељи се на претпостављеној незаинтересованости оптуженог да присуствује извођењу доказа (уредно позван оптужени свој изостанак није оправдао). Прописане гаранције остваривања начела једнакости „оружја“ су поуке о последицама пропуштања и постављење браниоца по службеној дужности (члан 449 став 3 ЗКП), као и могућност понављања кривичног поступка ако се изнесу нове чињенице или поднесу нови докази да окривљеном није уредно достављен позив за претрес (члан 473 став 1 тачка 7 ЗКП).

⁶¹⁴ Судија не би био овлашћен да се упозна са садржином записника о исказима сведока/вештака који није присутан, на основу одредбе члана 406 став 1 тачка 2 ЗКП, јер не би могла да постоји сагласност *странака*.

⁶¹⁵ *Botten v. Norway*, ECtHR, App. no. 16206/90, 19 February 1996, para 53; *Pobornikoff v. Austria*, ECtHR, App. no. 28501/95, 3 October 2000, para 24

⁶¹⁶ *Ekbatany v. Sweden*, ECtHR, App. no. 10563/83, 26 May 1988, para 25

⁶¹⁷ *Monnell and Morris v. the United Kingdom*, ECtHR, App. no. 9562/81; 9818/82, 2 March 1987, para 56

⁶¹⁸ *Kremzow v. Austria*, ECtHR, App. no. 12350/86, 21 September 1993, para 67

⁶¹⁹ *Belziuk v. Poland*, ECtHR, 45/1997/829/1035, 25 March 1998, para 38

⁶²⁰ *Jan – Ake Andersson v. Sweden*, ECtHR, App.no. 11274/84, 29 October 1991, para 29

2.8.4. Други случајеви ограничења права на присуство оптуженог

Оптужени може прећутно да се одрекне права да буде присутан на припремном рочишту. Ако је уредно позван, а не дође нити свој изостанак не оправда, председник већа је овлашћен да одржи припремно рочиште под условом да је *присутан бранилац* (члан 388 став 2 ЗКП). Одлука зависи од бројних околности (да ли је први пут уредно позван а није правдао изостанак, сложености предмета, ставу оптуженог према оптужби у претходним фазама поступка, броју оптужених и сл.) и правда се ефикасношћу поступка.

Удаљење оптуженог из суднице и одржавање главног претреса у одсутности оптуженог дозвољено је и оправдано разлозима процесне дисциплине, у ситуацијама ометања вођења кривичног поступка од стране окривљеног. Први вид ометања поступка односи се на настављање узмемиравајућег понашања оптуженог, након примене блажих мера процесне дисциплине. Оптужени који је присутан суђењу нарушава ред и мир у судници (нпр. упадањем у реч другим лицима, викањем) и не покорав се наређењима председника већа. Ипак, удаљење из суднице не сме да се користи као казна што значи да оптужени мора да се врати на расправу „ако обећа да ће неправилно да се понаша и испуни то обећање“.⁶²¹ Други вид ометања је када оптужени сам проузрокује своју неспособност да прати суђење.

Мере за одржавање реда на главном претресу из члана 370 ЗКП (опомена, новчана казна), подједнако се односе на оптуженог, његовог браниоца и јавног тужиоца. У случају да ове мере буду безуспешне, веће је овлашћено да најпре нареди удаљење оптуженог за време предузимања одређене доказне радње. Ако након што се врати у судницу оптужени упорно настави да нарушава ред, удаљиће се до краја доказног поступка или до завршетка главног претреса (члан 371 став 1 и став 3 ЗКП). Основно право окривљеног на суђење у присуству, које је уједно темељно правило кривичног поступка, као и крајње ограничено и рестриктивно одступање од правила и стандарда за одрицање од права, захтевају да опомена судије обухвати упозорење некуком оптуженом да ће у случају да настави са ремећењем тока суђења бити удаљен из суднице.⁶²² Сматрамо потребним да се прецизно и јасно одреди да ли се оптужени удаљава за време предузимања доказне радње (и које доказне радње) или до завршетка доказног поступка односно до завршетка главног претреса⁶²³ и да се удаљење образложи.

⁶²¹ S. Trechsel, стр. 253.

⁶²² На овом услову нарочито се инсистира у Федералним правилима поступка САД и судској пракси САД због значаја уставне клаузуле конфронтације која подразумева уставно право окривљеног на суђење у присуству. Осим тога, тражи се да сесуђење не може наставити због понашања окривљеног. Вид. Правило 43, *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 (1970), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/337/>, 25. јула 2020.

⁶²³ Интересантан за издвајање неусклађених законских решења и непотпуних правила о гаранцијама права на одбрану је пример из праксе Врховног касационог суда у коме се по захтеву за заштиту законитости ценила повреда закона у вези повреде права на одбрану кршењем обавезне одбране, на основу удаљења из суднице из члана 74 став 6 ЗКП. Суд је утврдио: 1. да је на записнику о главном претресу донето решење да се окривљени удаљи из суднице до завршетка доказне радње испитивање вештака; 2. да је бранилац окривљеног самовољно напустила судницу без одобрења судије; 3. да су окривљени и бранилац одмах након удаљења напустили зграду суда.

Суд је ценио да је окривљени имао изабраног браниоца, „због чега није постојала обавеза суда да му постави браниоца по службеној дужности“, да у конкретном случају самовољно напуштање главног претреса од стране браниоца не значи да окривљени није имао браниоца, „будући да ни окривљени ни његов бранилац нису отказали пуномоћје за одбрану изабраном браниоцу, а у ком случају би постојала обавеза суда за постављање браниоца по службеној дужности“. Додатно, Суд је ценио да су у конкретном случају били испуњени услови да се одржи главни претрес у одсуству окривљеног у скраћеном поступку

Процесне мере уравниотежења положаја оптуженог у кривичном поступку су: *праћење тока поступка* путем *техничких средстава* за пренос звука и слике, *постављење браниоца по службеној дужности* (члан 74 став 1 тачка 6 ЗКП), *обавештење о току доказног поступка* од стране председника већа и *упознавање са исказима претходно саслушаних саоптужених*, *омогућавање оптуженом да прочита записнике* о тим исказима, *позивање да се изјасни о оптужби*, *саопштавање пресуде* у присуству записничара.

Ако је оптужени сам проузроковао неспособност да прати ток главног претреса, према члану 383 став 2 ЗКП, након испитивања вештака веће може да донесе решење да се главни претрес одржи у одсутности оптуженог, а окривљеном ће се *поставити бранилац по службеној дужности* (члан 76 ЗКП у вези члана 74 став 1 тачка 5 ЗКП). Председник већа ће по престанку разлога за одсутност *упознати оптуженог са током и садржајем главног претреса* (члан 383 став 4 ЗКП).

Оптужени сеудаљава из суднице по одлуци већа, ради заштите саоптуженог или сведока у случају да изричито одбијају да дају исказ у његовом присуству или ако околности указују да присуство оптуженог може на њих да утиче (члан 390 став 5 ЗКП). По повратку, оптуженом ће се *прочитати њихов исказ и омогућити да им постави питања и да да примедбе на исказе*.

Употреба техничких средстава за пренос слике и звука заштитна је мера у поступку пред другостепеним судом, ако се оцени да је присуство оптуженог неопходно, у случајевима у којима се узимају у обзир тежина, природа дела, борба против тешког и организованог криминалитета, заштита јавне безбедности и реда и спречавање других кривичних дела. Најважнији легитимни циљеви су „спречавање нереда, кривичних дела, заштита сведока и жртава кривичних дела у погледу права на живот, слободу и безбедност и поштовање захтева „разумног рока“ у судским поступцима“.⁶²⁴

Виртуелно учешће окривљеног у поступку пред другостепеним судом примењује се када се обавештава о седници већа оптужени који је лишен слободе и нема браниоца или има браниоца, али је његово присуство неопходно за разјашњење ствари, као и када се одржава претрес, а веће нађе да је обезбеђење присуства оптуженог лишеног слободе отежано „због безбедносних и других разлога“ (члан 447 став 4 ЗКП и члан 449 став 4 ЗКП). Везује се искључиво за ситуацију да је оптужени у притвору или на издржавању казне која се састоји у

из члана 507 став 2 ЗКП. Вид. Пресуда Врховног касационог суда Кзз 393/16 од 13.4.2016. године, доступно на <https://vk.sud.rs/sr-lat/kzz-3932016>, приступљено 5. новембра 2020. године.

Наиме, Суд не тумачи да не постоји случај обавезне одбране ако се удаљење из суднице односи на предузимање одређене доказне радње. Ово је важно да се нагласи, јер су законска правила о удаљењу неусклађена. Наиме, одредба члана 74 став 1 тачка 6 ЗКП изоставља овај случај из обавезне одбране, док га одредба члана 371 став 4 у вези члана 1 ЗКП обухвата, те је потребно да се правила о обавезној одбрани сагледају у целисти.

Суд утврђује да је изабрани бранилац напустила главни претрес без одобрења суда. Сматрамо да је потребно да се у циљу потпуне анализе остваривања права на одбрану додатно размотре правила о неоправданом изостанку браниоца, када је реч о обавезној одбрани из члана 382 ЗКП. Не залази се у анализу да ли је првостепени суд донео решење да се главни претрес одржи у одсуству оптуженог, посебно имајући у виду чињеницу да је оптужени био присутан на главном претресу. Констатује се да су били испуњени услови за одржавање главног претреса без окривљеног, ненаводећи да ли постоји таква одлука првостепеног суда. Сматрамо да је управо због поштовања правила суђења о присуству и појединачних права на одбрану, те стандарда о ограничењу права на правично суђење неопходно да се донесе решење да се главни претрес одржи у одсуству оптуженог ако су испуњени услови из члана 507 став 2 ЗКП, иако се то изричито законом не регулише.

⁶²⁴ *Marcello Viola v. Italy*, ECtHR, App. no. 45106/04, 5 October 2006, final on 05/01/2007, para 71 – 72.

лишењу слободе. Легитимни циљ утврђен је прецизно у делу. Потребно је да суд оцени да је обезбеђење присуства оптуженог отежано „због безбедносних и других разлога“.

Нарочито интересовање у стручној јавности и науци побудила је проширена употреба техничких средстава за пренос слике и звука у контексту настојања држава да у условима пандемије заразне болести COVID – 19 уравнотеже интересе очувања јавног здравља, безбедности, функционисања правосуђа и правичности суђења. Одговор наше државе био је доношење Уредбе о начину учешћа оптуженог на главном претресу у кривичном поступку који се одржава за време ванредног стања проглашеног 15. марта 2020. године, те привремене (за време ванредног стања) и факултативне (по оцени суда)промене у начину суђења (тзв. „*Skype суђења*“) без измена ЗКП – а.⁶²⁵ Мишљењем из закључака Високог савета судства ограничена је примена Уредбе у одређеним притворским предметима (кривични поступци због кривичних дела недозвољена трговина из члана 235 КЗ, непоступање по здравственим прописима за време епидемије из члана 248 КЗ, преношење заразне болести из члана 249 КЗ) и у везиоцене суда.⁶²⁶ Минимални услови у Уредби нису обухватили пристанак оптуженог већ искључиво: „постојање техничких могућности“, посебан циљ који се огледа у „обезбеђењу присуства оптуженог који је у притвору“ и разлог за примену –отежано присуство оптуженог на главном претресу због „опасности од ширења заразне болести“⁶²⁷. Ова суђења изазвала су бројне научне и стручне расправе,⁶²⁸ а о њима су спроведена и истраживања на националном и међународном нивоу, посебно имајући у виду захтеве правичности суђења и начела једнакости „оружја“⁶²⁹. Уредба је актуелизовала теме дозвољених ограничења правила суђења у присуству и права на одбрану.

3. Овлашћенитужиоцииначелоједнакости„оружја“

Начело једнакости „оружја“ садржи опште захтеве, али његова примена је специфична у кривичним поступцима у којима су овлашћени тужиоци јавни тужилац, оштећени као тужилац и приватни тужилац. Шири опсеговлашћења јавног тужиоца у односу на права оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца произлазе из правног и процесног положаја јавног тужиоца. Негоњење/одустанак јавног тужиоца од гоњења подлеже преиспитивању, а гоњење оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца зависи искључиво од

⁶²⁵ *Службени гласник РС*, бр. 49/2020 од 1. априла 2020. године. Уредба једонета у условима неодржавања седница Народне скупштине, а потврђена је накнадно Законом о потврђивању уредаба, *Службени гласник РС*, бр. 62/2020, ступио на снагу 29. априла 2020. године.

⁶²⁶ Закључак Високог савета судства од 9. априла 2020. године, Закључак Високог савета судства од 18. марта 2020. године.

⁶²⁷ Више о томе: И. Миљуш (2020), стр. 5 – 8

⁶²⁸ Бројне критике за време ванредног стања упућене овом начину суђења и правне недостатке издвојио је Г.П. Илић у интернет чланку „Вирус незнања никад не спава“, доступно на <https://www.cepris.org/licnistavovi/ilic-virus-neznanja-nikad-ne-spava/>, приступљено 11. августа 2020.

⁶²⁹ Поједине важне податке о ефекту ових суђења за начело једнакости „оружја“ издвајамо из истраживања спроведеног за време ванредног стања: дозвољаван поверљив разговор по захтеву одбране путем засебног канала комуникације „Скајп“ („*Skype*“) апликације, уз искључиво визуелан надзор, окривљени имао изабраног или постављеног браниоца, суђења одлагана због довољног времена за припрему одбране, „у зависности од начина одржавања и техничких могућности, право на контрадикторан поступак у неким случајевима је уважен“ али је у појединим случајевима због позиције камере у самој судници, оптужени могао да види само судију. Катарина Голубовић *et al.*, *Ограничење кретања и суђења за време ванредног стања*, Комитет правника за људска права – Уисом, Београд 2020, стр. 22 – 23.

приватне воље и интереса. Претпостављени одустанак оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца окончава кривични поступак.

Јавни тужилац је државни орган и орган поступка у истрази и фази предузимања доказних радњи пре оптужења у скраћеном поступку. Ограничења права на одбрану у истрази, ако се не отклоне или уравнотеже у каснијим фазама поступка, „прете“ да резултују повредом начела. Законик о кривичном поступку начелно настоји да спречи повреду начела прописивањем дужности непристрасности јавног тужиоца и институтом изузећа, те процесним правима, средствима и механизмима који су на располагању субјектима у функцији одбране.

На главном претресу, изједначавање процесног положаја јавног тужиоца и окривљеног, постиже се улогом суда која подразумева поучавање окривљеног о процесним правима и дужностима. Равнотежа положаја странака остварује се јачањем положаја окривљеног у кривичном поступку и интервенцијама суда којима се васпоставља фактички нарушена равнотежа.

У кривичним поступцима у којима су овлашћени тужиоци оштећени као тужилац и приватни тужилац начело се реализује најпре као једнакост у поукама. Иако је Законик о кривичном поступку од 2011. године ослабио улогу оштећеног у кривичним поступцима, с обзиром на искључивање могућности да оштећени постане оштећени као тужилац у фазама поступка пре потврђивања оптужнице, када оштећени стекне својство оштећеног као тужиоца постоји још увек највећа нормативна равноправност заступања оптужбе и одбране окривљеног. Право на постављење пуномоћника оштећеном као тужиоцу (члан 59 ЗКП) паралелно је са стручном одбраном сиромашног окривљеног (члан 77 ЗКП). Начело се у потпуности остварује и у погледу доказивања. Оштећени као тужилац и окривљени имају право на постављење стручног саветника (члан 125 став 3 ЗКП).

Процесни положај приватног тужиоца је најслабији, што је резултат природе и тежине кривичних дела за које се поступак води. Када је реч о кривичним делима која се гоне по приватној тужби, држава нема интерес да поставља пуномоћника и стручног саветника приватном тужиоцу и да сноси његове нужне издатке и награду. Нормативно се не искључује могућност да окривљени и у погледу ових кривичних дела захтева остваривање сиромашког права, јер су критеријум примене института осим прописане казне и разлози правичности. Запоједина кривична дела која се гоне по приватној тужби важи обавезна одбрана по основу прописане казне.⁶³⁰ Посебан вид паралелизма процесних радњи приватног тужиоца и окривљеног гледа се у праву окривљеног да поднесе противтужбу, у ком случају приватни тужилац постаје и окривљени у поступку.

3.1. Појам и врсте овлашћених тужилаца

Законик о кривичном поступку установљава три овлашћена тужиоца (јавни тужилац, оштећени као тужилац и приватни тужилац), у зависности од кривичног дела које се

⁶³⁰ Као пример можемо навести кривична дела из Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019 – КЗ (кривично дело тешке крађе из члана 204 КЗ, преваре из члана 208 став 3 и 4 КЗ и злоупотребе поверења из члана 216 став 3 КЗ када постоји релевантна правна/фактичка веза између учиниоца и пасивног субјекта према одредби члана 222 КЗ).

окривљеном ставља на терет, поступања јавног тужиоца, диспозиције оштећеног и процесних услова које оштећени треба да испуни да би преузео заступање оптужбе.

Јавно тужилаштво је самостални државни орган дужан да гони учиниоце кривичних дела и других кажњивих дела и уједно предузима мере за заштиту уставности и законитости. На јавног тужиоца примењује се начело законитости кривичног гоњења из члана 6 ЗКП, у правној теорији означено као „начело легалитета официјелног кривичног гоњења, чији је основ најшири општи друштвени интерес за гоњење кривичних дела по службеној дужности.“⁶³¹ Са аспекта начела једнакости „оружја“, специфичност јавног тужиоца је његова дужност непристрасности у односу према окривљеном. Поштовање начела у поступку у коме је овлашћени тужилац јавни тужилац практично зависи од остваривања права на одбрану, појединачних процесних права окривљеног и браниоца, на начин да окривљени не буде у суштински неравноправном положају у односу на јавног тужиоца. Активност суда, као чувара начела, усмерена је на јачање положаја окривљеног ради реализације неопходне равнотеже.

Законик дефинише да је оштећени као тужилац „лице које је преузело кривично гоњење од јавног тужиоца“ (члан 2 став 1 тачка 8 ЗКП), а приватни тужилац „лице које је поднело приватну тужбу због кривичног дела које се по закону гони по приватној тужби“ (члан 2 став 1 тачка 7 ЗКП). Потпуна дефиниција захтева одређење појма оштећеног, а затим и других процесних претпоставки за њихово учешће у поступку у својству овлашћених тужилаца. Процесни субјект оштећени је по законском одређењу „лице чије је лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено“ (члан 2 став 1 тачка 11 ЗКП). Оштећени као тужилац и приватни тужилац су оштећени кривичним делом и њихово учествовање у кривичном поступку зависи искључиво од њихове воље, односно интереса за гоњење учиниоца кривичног дела. Равноправност са окривљеним у кривичном поступку као циљ начела правичности мотивисана је управо равнотежом важности интереса оштећеног кривичним делом и правима окривљеног. Поступање по начелу захтева једнако сагледавање процесног положаја обе странке и посебан вид активног утицаја на обе странке у циљу остваривања равнотеже.

Оштећени имају права која одликују њихов однос са државом, јер су „погођени“ извршењем кривичног дела. Према Декларацији УН основних правних принципа за жртве кривичних дела и злоупотребе моћи, права се у процесно– правном смислу класификују као: 1. право на приступ законским механизмима; 2. право на обештећење за штету; 3. право на поуке; 4. право на одговарајућу помоћ током трајања судског поступка у целини. Поједина права оштећеног кривичним делом, оправдавају ограничења права на одбрану.⁶³²

Право на правично суђење из члана 6 став 1 Конвенције, односи се на жртву (оштећеног) у специфичном, условљеном виду. Важи ако је грађанскоправни захтев „тесно повезан са кривичним поступком.“⁶³³ Европски суд за људска права у предмету *Perez v. France* истиче основне ставове: 1. „право да се треће стране процесуирају или казне за кривично дело не може се осигурати самостално: оно мора бити неодвојиво од права

⁶³¹ Вид.: М. Шкулић (2020 а), стр. 57 – 59.

⁶³² Опште право жртве је, према Декларацији, право на однос саосећајности и поштовање достојанства. С тим у вези, ограничења права окривљеног мотивисана су предузимањем мера како би се непријатност по жртву свела на најмању могућу меру, заштитила њена приватност ако је то неопходно, те како би се жртва заштитила од застрашивања и одмазде.

⁶³³ Горан П. Илић, „Оштећени и стандарди људских права у кривичном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, стр. 141.

жртве да користи право на покретање парничног поступка према домаћем закону“ 2. право да се оштећеном пружа заштита, у смислу члана 6 Конвенције, под одређеним условима постоји и у кривичном поступку, због потребе да се „заштите жртве и њихово правилно место у кривичном поступку.“⁶³⁴ Уставни суд, позивајући се на пресуде ЕСЉП, налази да оштећени као тужилац и приватни тужилац, као и оштећени имају законом прописано право да у кривичном поступку истакну имовинскоправни захтев и да се о њему одлучи, те се одредба члана 32 став 1 У РС и право на суђење у разумном року, примењује пре свега у поступку у оном његовом делу који се односи на одлучивање о „грађанском захтеву“.⁶³⁵

Право оштећеног се у националним законодавствима остварује на различите начине у кривичном поступку,⁶³⁶ у парничном поступку или у оба поступка. Законик о кривичном поступку, када су у питању кривична дела за која се гони по службеној дужности, обезбеђује реализацију права оштећеног на доступност правде и на правичан третман пре свега путем права оштећеног да преиспитује одлуку јавног тужиоца да не гони/одустане од гоњења (чиме се на посредан начин штити његов грађанскоправни захтев, али и други интереси), права на имовинскоправни захтев и путем предлога оштећеног као услова за кривично гоњење (када је реч о кривичним делима која се гоне по предлогу оштећеног).

Улога оштећеног у кривичном поступку знатно је сужена у односу на улогу обезбеђену претходним законским решењима ради постизања ефикаснијег кривичног поступка.⁶³⁷ Ипак, Законик предвиђа бројне процесне гаранције заштите права оштећеног. Најснажнија гаранција права оштећеног на приступ суду је прописивање могућности да оштећени постане супсидијерни тужилац. Управо је ова гаранција сужена значајно у односу на традиционално законско уређење. Због тога се пред Уставним судом иницирало разматрање питања поштовања достигнутог нивоа људских права у уставноправном систему, оправданости и адекватности ограничења, законских одредаба којима се уводи новина у погледу начина реализације права оштећеног на преиспитивање одлуке јавног тужиоца да не гони/одустане од гоњења пре потврђивања оптужнице – право оштећеног на приговор (члан 51 ЗКП), те да ли је приговор правно средство и делотворно правно средство. Ако је оштећени странка у кривичном поступку, активност суда у одржавању равнотеже усмерена је на обе странке у виду једнаког давања поука (ценећи током поступка да ли су обе странке у стању да разумеју процесна права и дужности, те последице њиховог пропуштања) и обезбеђивање помоћи у заступању оптужбе/одбране и страначких интереса у кривичном поступку. Као и када је овлашћени тужилац јавни тужилац, граница поступања је правило о терету доказивања и начело *in dubio pro reo*.

Законодавац се определио да оштећени стекне својство овлашћеног тужиоца ако јавни тужилац одустане од оптужбе након потврђивања оптужнице (правноснажности решења о потврђивању оптужнице) односно од одређивања главног претреса (скраћени поступак), под

⁶³⁴ *Perez v. France*, ECtHR, App. no. 47287/99, 12 February 2004, para 70 – 72

⁶³⁵ Одлука Уставног суда РС Уж 4949/14 од 29.9.2016. године, 4., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 1. априла 2018.

⁶³⁶ У француском кривичном поступку, жртва има право да поднесе имовинскоправни захтев и да има улогу умешача, док у немачком праву постоји могућност да се придружи јавном тужиоцу као споредни тужилац.

⁶³⁷ Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010, предвиђао је учешће оштећеног у поступку примене начела опорунитета кривичног гоњења, у процедури споразума о признању кривице, те могућност да оштећени постане овлашћени тужилац у ранијим фазама кривичног поступка – да кривично гони у фази истраге и да поднесе оптужбу.

условима ближе одређеним одредбом члана 52 ЗКП.⁶³⁸ На овај начин оштећени реализује право да захтева ревизију одлуке јавног тужиоца да не гони.⁶³⁹ Према прихваћеном ставу судске праксе, изнетом након дилема око поступања са оптужницама оштећених као тужилаца који су својство овлашћених тужилаца стекли по раније важећем ЗКП, суд треба да штити стечена права оштећеног.⁶⁴⁰ Правима оштећених као овлашћених тужилаца, Законик у једнакој мери посвећује пажњу као и правима окривљених, полазећи од могућности да су обе странке правно неука лица. Тиме се ствара једнако довољна и адекватна прилика оштећеном као овлашћеном тужиоцу и окривљеном да остваре своје интересе у кривичном поступку.

Оштећени је овлашћен да поднесе приватну тужбу у року од три месеца од дана сазнања за кривично дело и осумњиченог (члан 65 став 2 ЗКП). Протек рока је трајна сметња која искључује кривично гоњење, па суд решењем одбија неблагоприятну приватну тужбу.⁶⁴¹ Суд цени и дозвољеност приватне тужбе у смислу да ли је исту поднело лице које може да буде приватни тужилац према Кривичном законнику.⁶⁴² Према одредбама члана 56 и 57 ЗКП, шири се круг субјеката овлашћених да поднесу приватну тужбу на законског заступника и пуномоћника и правног следбеника и његовог пуномоћника. Ако је оштећени лице потпуно лишено пословне способности, за њега радње предузима законски заступник, који може да ангажује пуномоћника. У случају смрти оштећеног, у року од три месеца после његове смрти, правни следбеници могу поднети приватну тужбу. Право неугог оштећеног у улози приватног тужиоца на приступ суду штити се одредбом члана 65 став 3 ЗКП. Када оштећени

⁶³⁸ Оштећени мора да изјави да хоће да преузме гоњење и заступање оптужбе у року од осам дана од пријема обавештења о изјави јавног тужиоца и поуке о праву на преузимање гоњења и заступања оптужбе односно у року од три месеца од одустанка јавног тужиоца (ако није обавештен). Изјаву може да да правни следбеник оштећеног у року од три месеца од смрти оштећеног, према одредби члана 57 став 1 ЗКП.

⁶³⁹ *Право жртве на ревизију одлуке о гоњењу* предвиђа Препорука Комитета министара Савета Европе о положају жртве у оквиру кривичног права и кривичног поступка, Препорука Савета министара о улози јавног тужиоца у систему кривичног правосудја као и Директива ЕУ 12/29 о минималним стандардима права, подршке и заштите жртава кривичних дела од 25. октобра 2012. године (Directive (EU) 2012/29 of the European Parliament and of the Council establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, 25 October 2012, 14.11.2012, L 315/57).

⁶⁴⁰ Одговори са седнице кривичног одељења ВКС, одржане 2. и 4.12.2013. године, на питања Апелационих судова, доступно на <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=krivicno-pravo-procesno-postupaknovi-ZKP-izmena-zakona-istraga>, приступљено 17. августа 2014.

Међутим, примећујемо и неке ставове Уставног суда Србије супротне претходном мишљењу ВКС: 1. „Устав не јемчи посебна права оштећеног“, 2. „право оштећеног да гони учиниоца кривичног дела“, „није људско право из члана 21 став 1 Устава“, „нити се уставна гаранција из члана 32 став 1 Устава односи непосредно на оштећеног“, 3. „у смислу одредбе члана 20 став 2 Устава законска решења садржана у ранијем ЗКП не представљају тзв. „стечено право“ у односу на Уставом утврђено право (дужност) кривичног гоњења.“ Из образложења решења Уставног суда ГУз-62/2018 од 18.4.2019. године, доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 8. августа 2019.

⁶⁴¹ Решењем је одбијена приватна тужба приватних тужилаца, „с обзиром да из самог описа радње извршења кривичног дела произилази да су оштећени за постојање кривичног дела и окривљену сазнали најкасније до јуна месеца 2016. године, а приватна тужба је поднета дана 10.11.2016. године.“ Из решења Првог основног суда у Београду К бр. 1868/16 – Кв 2000/16 од 17.1.2017. године, прибављеног непосредно у суду.

⁶⁴² Ово је важно код кривичних дела која се гоне по приватној тужби ако је оштећено лице у блиском односу са учиниоцем. Тада је појам приватног тужиоца ужи од појма оштећеног. Из судске праксе издвајамо решење којим је одбачена приватна тужба приватног тужиоца, поднета преко пуномоћника, против окривљених због кривичног дела превара из члана 208 став 4 КЗ у стицају са кривичним делом злоупотреба поверења из члана 216 став 3 КЗ, као недозвољена, с обзиром на то да је унук оштећене која је жива и није лишена пословне способности, ангажовао пуномоћника да поднесе приватну тужбу уместо своје баке, као оштећене, при чему су као окривљене означене његова мајка и тетка. Из решења Првог основног суда у Београду К бр. 1762/17 – Кв 1764/17 од 25.12.2017. године, прибављеног непосредно у суду.

поднесе кривичну пријаву или предлог за кривично гоњење у року за приватну тужбу, а у току поступка се утврди да се ради о кривичном делу за које се гони по приватној тужби, пријава, односно предлог сматрају се благовременом приватном тужбом, па се прослеђују суду као надлежном за поступање.

Међународноправни стандарди упућују на значај поука. Право на поуке, према Декларација УН основних правних принципа за жртве кривичних дела и злоупотребе моћи, обухвата обавештеност жртава о праву да траже обештећење и о својој улози у поступку. Повезано је са правом жртве на информисаност, којезаузима важно место међу европскоправним стандардима. Законик конкретизује право прописујући оштећеном као тужиоцу право на обавештење о одустанку јавног тужиоца, а затим на поучавање о праву да преузме кривично гоњење и заступа оптужбу, као и о року за давање изјаве. У пракси, приватни тужилац поучава се о садржини приватне тужбе у оквиру налога за уређење оптужног акта(члан 333 став 3 ЗКП и члан 501 став 1 ЗКП), јер се примењује одредба за неуредне поднеске (члан 229 став 3 ЗКП). Оштећени као тужилац и приватни тужилац, с обзиром на својство оштећеног, поучавају се о праву да укажу на чињенице и предлажу доказе, те праву на ангажовање пуномоћника за заступање. У циљу потпунијегостваривања права на информисаност, правна теорија сугерише да оштећени треба да има „право на писано упутство са објашњењем о правима и дужностима, дато прикладним језиком, које би било разумљиво и правном лаику.“⁶⁴³

Оштећени као тужилац и приватни тужилац као и окривљени, имају право на правну помоћ током кривичног поступка. Паралелно право на правну помоћ је право да ангажују пуномоћника из реда адвоката (члан 58 став 1 тачка 3 ЗКП, члан 64 став 1 тачка 3 ЗКП), а право оштећеног као тужиоца и да захтева постављење пуномоћника (члан 58 став 3 и 4 ЗКП и члан 59 ЗКП).Извесни паралелизам положаја странака огледа се и у праву оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца да поднесу молбу за повраћај у пређашње стање (члан 226 став 1 тачка 2 ЗКП),једнаким дужностима (обавештење о промени адресе пребивалишта и боравишта из члана 55 ЗКП) и санкцијамакоје се примењују на ове овлашћене тужиоцекао и на окривљеног (опомена, новчано кажњавање, удаљење из члана 370 став 1 и члана 373 став 1 ЗКП).⁶⁴⁴

Општа одредба члана 19 ЗКП о дужности пружања помоћиучеснику у поступкунепосредно од стране државних органа у циљу прикупљања доказа, не односи се на оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца. Међутим, одредбе о прибављању исправе (члан 139 став 1 ЗКП) и прибављању списка, исправа или предмета који се налазе код државног органа на припремном рочишту (члан 347 став 3 ЗКП) не искључују применуна предлог ових овлашћених тужилаца односно прописују судску помоћ овлашћеним тужиоцима у прибављању доказа, када се доказни материјал налази код државних органа.

3.2. Сужавање могућности оштећеномда стекне својство оштећеног као тужиоца

У циљу свестране анализе новог положаја оштећеног у кривичном поступку и сужавања могућности да оштећени постане супсидијерни тужилац законским изменама

⁶⁴³ М. Шкулић, „Положај жртве кривичног дела/оштећеног у кривичноправном систему Србије уопште и у односу на Директиву ЕУ 2012 – 29“, *Казнена реакција у Србији VI део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2016, стр. 73.

⁶⁴⁴ Одлике су уједно и разлике између положаја јавног тужиоца и оштећеног као тужиоца, те и приватног тужиоца. Вид.: З. Јекић, Р. Данић, стр. 93 – 95.

права оштећеног на преиспитивање одлуке јавног тужиоца да не гони/одустане од гоњења у ранијим фазама поступка (пре потврђивања оптужнице), противним дугој кривичнопроцесној традицији, разматрамо основне ставове у релативно скорој одлуци Уставног суда Републике Србије.⁶⁴⁵ Уставни суд Републике Србије одбацио је иницијативе за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговором одредаба које се односе на приговор оштећеног против одлуке јавног тужиоца да не гони/одустане од гоњења (члан 51 ЗКП), али се износи веома садржајно, детаљно и аргументовано издвојено мишљење на одлуку. У овој одлуци, указује се на промену положаја оштећеног као тужиоца и окривљеног у правцу истовременог сужавања права на супсидијерну оптужбу и јачања положаја окривљеног у кривичном поступку.

Предмет иницијатива било је смањење достигнутог ниво људских права јер „оштећени више нема право да самостално пред судом гони учиниоца кривичног дела који му је нанео штету, нити му то право више даје јавни тужилац“. Истицало се да обавештење јавног тужиоца упућено оштећеном нема образложење и разлоге. Право оштећеног на обавештавање и приговор постаје илузорно и неделотворно. Исти огран - виши јавни тужилац, одлучује о приговору решењем против којег није дозвољено правно средство (жалба ни приговор). Овим правилима вређа се право оштећеног „да о његовом праву да кривично гони учиниоца кривичног дела из кога је за њега наступила штета, јавно расправи и одлучи суд“. Иницијатори су сматрали да су оспорене одредбе ЗКП – а супротне уставним начелима о владавини права, ограничењу људских и мањинских права, праву на правично суђење, праву на једнаку заштиту права и правно средство, потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права из којих следи да свако има право да о његовом праву и обавези одлучује суд, као и да се правилима о приговору оштећеног онемогућава и ускраћује право на судску заштиту због повреде људског и мањинског права чиме се уједно „аболирају злочинци“.

Уставни суд издваја и разматра суштину иницијатива – нерегулисање могућности да оштећени и пре потврђивања оптужнице преузме кривично гоњење и да ли се тиме умањују права оштећеног. Анализира се „одрицање права оштећеним лицима да предузму супсидијерну оптужбу“ у правној ситуацији одбацивања кривичне пријаве, обуставе истраге и одустајања од гоњења од стране јавног тужиоца до потврђивања оптужнице и тиме губитку права ових лица да суд одлучи о њиховом имовинскоправном захтеву. Према наводима иницијатива, овим се смањује достигнути ниво људских права. Оштећени губи право да гони учиниоца кривичног дела који му је нанео штету. Смањује се и право оштећених у односу на раније важећи ЗКП и установљен систем контроле рада јавног тужилаштва.

Уставни суд констатује да је Закоником о кривичном поступку од 2011. године уведена нова концепција истраге и да се у фазама поступка у којима као *dominus litis* поступа јавни тужилац, одлука о непредузимању/одустанку од гоњења може преиспитати само у оквиру јавног тужилаштва. Неопходно је да се има у виду да се јавни тужилац стара о заштити јавног интереса, да је кривично гоњење и његова основна дужност, за разлику од оштећеног који је „превасходно ограничен на заштиту свог интереса“. С друге стране, указује се на *заштиту окривљеног од кривичних гоњења за која јавни тужилац оцени да су неоснована*. Према налажењу Уставног суда, овим се „окривљеном пружа заштита од гоњења које би предузео оштећени, упркос томе што је јавни тужилац претходно извео закључак да томе нема места, и тиме се уједно у пуној мери афирмише претпоставка невиности као један од темељних принципа правне сигурности у казненом праву“.

⁶⁴⁵ Решење Уставног суда IУз-62/2018 од 18.4.2019. године

Уставни суд, позивајући се на своје раније ставове, у суштини налази да се законским изменама променио законом уређен начин остваривања конкретног права, а да начин остваривања уставом зајемченог људског/мањинског права не може да се сматра „стеченим правом“⁶⁴⁶. Суштина и циљ уставне гаранције о „забрани смањења достигнутог нивоа људских и мањинских права“ односи се на: забрану укидања претходно зајемченог права или слободе, забрану *измене* утврђене садржине ових права и слобода (забрана *сужавања круга лица* којима се раније јемчило право/слобода, или *обима* тог права/слободе, те забрана *установљења ограничења и нових ограничења у остваривању истих*). С обзиром на наведено, правилима о приговору не „задира“ се у „достигнути ниво људских и мањинских права“ зајемчених Уставом. Иако Уставни суд најпре залази у анализу „начина остваривања права“, не помињући о којем праву оштећеног је евентуално реч (да ли евентуално о општем праву оштећеног на преиспитивање одлуке јавног тужиоца о гоњењу), позива се даље да оштећеном није ни дато право (дужност) кривичног гоњења из члана 103 претходног Устава од 1990. године, већ јавном тужиоцу, те да се према томе уставна забрана из члана 20 став 2 Устава не може примењивати на одредбе о приговору из члана 51 ЗКП –а.

У погледу навода „рестриктивнијег начина уређења права оштећеног да предузме кривично гоњење“, указује да је потребно да се права и положај оштећеног посматрају имајући у виду целину одредаба Законика. *Оштећени се третира као активни учесник у поступку, прописан му је „низ нових права и јемстава“*, „без обзира да ли има својство супсидијерног тужиоца“, због чега су неосновани наводи да су одредбама о приговору смањена раније прописана права оштећеног.

Када је реч о праву на судску заштиту, подвлачи се да се имовинскоправни захтев може остварити и у парничном поступку, по начелима грађанскоправне одговорности која је шира од кривичне, да су у парничном поступку предвиђени „привилеговани рокови за остваривање грађанскоправног захтева“, да парнични суд може да одлучује о постојању кривичног дела као претходном питању „ако није покренут кривични поступак или је покренут, али није окончан или је окончан одбијајућом пресудом“.

Подвлачи се да „право оштећеног да гони учиниоца кривичног дела“ није уставна гаранција права на правично суђење из члана 32 став 1 Устава, а не доводи се у везу право на правично суђење са било којим правом и заштитом оштећеног макар у специфичном, ограниченом виду и на посредан начин, у смислу тумачења права на правично суђење из праксе ЕСЉП. Напротив, генерално се закључује да се право на правично суђење из члана 32 став 1 не односи непосредно на оштећеног, већ на окривљеног. Не анализира се оцена

⁶⁴⁶ Након почетка примене Законика о кривичном поступку, услед изостанка прелазних и завршних одредаба које се односе искључиво на ово питање, у судској пракси издвојила су се два тумачења поступања по захтевима за спровођење истраге оштећених као тужилаца и оптужницама/оптужним предлозима оштећених као тужилаца о којима још увек није одлучено: 1. оштећени је стекао право да постане супсидијерни тужилац према раније важећем Законнику, те се по овим оптужним актима има поступати; 2. оштећеном се према важећем Законнику који се примењује услед недостатака прелазних и завршних одредаба, променила садржина права на преиспитивање одлуке јавног тужиоца да не гони/одустане од гоњења, те су ови оптужни акти достављани непосредно вишем тужиоцу као приговори чиме се према схватању дела праксе није изменила суштина права оштећеног да преиспитује одлуку јавног тужиоца да не гони/одустане од гоњења.

Апелациони суд уважио је у делу оба тумачења ставом да ако је оштећени преузео гоњење подношењем захтева за спровођење истраге по коме још увек није донета одлука, „захтев се има сматрати приговором непосредно вишем јавном тужиоцу, а у другим случајевима, имајући у виду одредбе члана 604 ЗКП (законитост предузетих радњи), „он је то својство стекао по ранијем ЗКП – у“. Правно схватање усвојено на седници Кривичног одељења Апелационог суда у Београду одржаној 26. децембра 2013. године (*Билтен Апелационог суда у Београду*, број 7, Intermex, Београд 2015, стр. 97.)

евентуалне повреде права оштећеног на приступ суду, у засебном, специфичном виду. Истовремено се наводи, у вези других уставних начела на које се иницијатори позивају, да погрешно држе да оштећени има право на приступ суду.

Међутим, важна су запажања Уставног суда која произлазе из тумачења ЕКЉП и досадашњој пракси поступања по приговору: 1. постоји обавеза државе „да предвиди механизам у оквиру којег ће „жртва“ од надлежних органа моћи да захтева преиспитивање одлуке о непредузимању кривичног гоњења“; 2. довољно је да се то учини у оквиру јавног тужилаштва; 3. законодавац је сматрао да је прописивањем права оштећеног на приговор, и без уређивања ангажовања суда, „довољно заштићен интерес оштећеног“; 4. двостепеност у оквиру јавног тужилаштва није противна Уставу. Уставни суд не разматра да ли је механизам преиспитивања одлуке јавног тужиоца да не гони, чије прописивање се цени да је довољно за задовољење заштићеног интереса оштећеног, и делотворан механизам. Упућује да питање „целисходности и рационалности законских решења“ не може да буде предмет уставносудске контроле. У одлуци се указује на дужност јавног тужиоца да поучи оштећеног о праву да поднесе приговор и о дужностима јавног тужиоца да „стручно, савесно, непристрасно, правилно и без непотребног одлагања врше своју функцију посебно водећи рачуна о заштити оштећених“.

У издвојеном мишљењу судија Шкулић између осталог упућује на потребу разматрања питања „већ достигнутог „нивоа“ људских права⁶⁴⁷ у нашем уставноправном систему“, права оштећеног на приступ суду, да ли је приговор оштећеног правно средство и да ли је делотворно правно средство. Опомиње се да није супротно јавнотужилачкој концепцији истраге да се оштећеном омогући да уложи правно средство суду против одлуке којом се манифестује одустајање јавног тужиоца од гоњења, те улога суда да штити права оштећеног. Објашњава се да је *ratio legis* уређивања могућности да оштећени гони под одређеним условима „одређена „корекција“ у односу на функцију кривичног гоњења“ јавног тужиоца и да се њоме уједно пружа интегритет јавном тужиоцу.

У погледу мишљења да се ограничавањем права оштећеног да кривично гони окривљеног „афирмише претпоставка невиности“, наводи се да је претпоставка невиности утврђена Уставом и Закоником о кривичном поступку, те да „неспорно постоји и има правно дејство, потпуно независно од врсте овлашћеног тужиоца“. Иако оштећени нема уставом зајемчено право да безусловно, лично и самостално кривично гони и да је легитимно да се на одговарајући начин ограничи могућност и право оштећеног да постане супсидијерни тужилац због у пракси наглашеног субјективног приступа оштећеног, потребно је да ограничења буду адекватна и уставноправно прихватљива.

У издвојеном мишљењу посебно се истиче да Устав даје оштећеном „одређену имплицитну гаранцију кривичног гоњења“ окривљених за кривична дела за која се гоне по службеној дужности, садржану у члану 156 став 1 Устава, конкретизовану одредбама којима се утврђује „начело легалитета официјелног кривичног гоњења“, чиме је оштећеном

⁶⁴⁷ У правној теорији наглашава се да према Директиви 2012/29/ЕУ, државе треба да осигурају право жртве на преиспитивање одлуке јавног (државног) тужиоца о непредузимању кривичног гоњења, посебно у случају тешких кривичних дела и опомиње да су решења утврђена у важећем Законик у кривичном поступку довела до погоршања статуса лица оштећеног кривичним делом, што се чини неоправданим. Вид. С. Бејатовић, „Оштећено лице или жртва кривичног дела (међународно правни стандарди и Законик о кривичном поступку – оправданост питања или не?)“, *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународно правни стандарди, норма и пракса)*, LX Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, Златибор – Београд 2020, стр. 352, 359 – 360.

суштински обезбеђено право на судску заштиту, која је условљена ставом јавног тужиоца. Није искључено да одређено право оштећеног „у погледу немогућности да постане супсидијерни тужилац“ у ранијим фазама поступка уз искључење могућности „обраћања суду“⁶⁴⁸ ипак није сужено „на начин који би се потенцијално могао сматрати противуставним“. Уместо широког, директног права на приступ суду које је дуго било присутно у кривичном поступку, оштећеном се ускраћује право да поднесе суду правно средство у ранијим фазама поступка. Упућује се да је право на приступ суду потребно да се анализира у вези са правом на правно средство оштећеног, јер су непосредно повезани. Право на правно средство оштећеног произлази из члана 36 став 2 Устава. Поставља се питање да ли постоји делотворно правно средство оштећеног у погледу преиспитивања („оспоревања“) одлуке јавног тужиоца о гоњењу.

Приговор се цени као „врста специфичне иницијативе оштећеног вишем јавном тужиоцу“, није „реално“ те ни делотворно правно средство, што следи из „права и дужности вишег јавног тужиоца да врши хијерархијски надзор“ (невезано за приговор оштећеног), те спорне непристрасности вишег јавног тужиоца при одлучивању,⁶⁴⁸ инструктивног карактера дужности обавештавања оштећеног од стране јавног тужиоца да не гони/одустане од гоњења и необавештавања оштећеног од стране јавног тужиоца о разлозима одлуке. На основу наведеног, закључује да „*приговор нити има карактер правног средства нити се може сматрати делотворним*“.

3.3. Процесни положај приватног тужиоца у фази оптужења

Посебанвид остваривања слободног приступа суду је ослобођење од судских такси за иницирање кривичног поступка пред судом, што се постиже општим ослобођењем или одобравањем правне помоћи у виду ослобођења од плаћања такси уз испуњење законских услова.⁶⁴⁹ Приватни тужилац има сиромашко право приликом подношења приватне тужбе само ако испуњава захтеве предвиђене посебним законом, чиме се остварује правна помоћ коју пружа правосудни систем давањем финансијске помоћи.

Законик о кривичном поступку разликује процесни положај јавног тужиоца и приватног тужиоца у фази подношења оптужбе.⁶⁵⁰ У редовном кривичном поступку, ако оптужбана садржи све што је потребно, у складу са одредбом члана 332 став 1 ЗКП,

⁶⁴⁸ У издвојеном мишљењу судија Шкулић објашњава да је могуће да се замисли ситуација да се нижи јавни тужилац пре доношења одлуке консултовао већ са непосредно вишим јавним тужиоцем, који се сагласио са његовом одлуком да не гони/одустане од гоњења окривљеног, односно да управо непосредно виши јавни тужилац наложи нижем јавном тужиоцу да не гони/одустане од гоњења пре потврђивања оптужнице. Такође, доводи се генерално у питање непристрасност вишег јавног тужиоца приликом одлучивања о приговору, јер би то значило да на „посредан начин“ признаје свој пропуст у хијерархијском надзору.

⁶⁴⁹ Међу државама чланицама Савета Европе осам држава (Хрватка, Кипар, Грчка, Монако, Црна Гора, Португал, Србија и Швацарска) задржава судске таксе да би се судски поступак покренуо у кривичним стварима, што се коригује одобравањем правне помоћи.

Вид.: *Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice"*, Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), стр. 70., доступно на https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf, приступљено 18. априла 2018.

⁶⁵⁰ Оштећени као тужилац преузима заступање оптужбе јавног тужиоца, тако да се одредбе о оптужењу не примењују на оштећеног као тужиоца. Међутим, у судској пракси је примењиван изузетак након ступања на снагу ЗКП из 2011. године. Због става о стеченим правима преиспитиване су и оптужнице оштећених као тужилаца које нису ступиле на снагу.

кривично ванпретресно веће ће је вратити овлашћеном тужиоцу ради исправљања недостатака. Ако јавни тужилац пропусти рок, донеће решење о одбачају оптужнице. Уколико рок пропусти приватни тужилац, веће ће сматрати да је незаинтересован за даље гоњење, па ће решењем одбити приватну тужбу. Одбачај оптужнице има привремено дејство. Не спречава да се касније процесно ваљана оптужница поново поднесе. Кривично процесно право начелно не толерише пропуштање приватног тужиоца, јер одбијање оптужбе има дејство правноснажно окончаног кривичног поступка, на основу члана 4 став 1 ЗКП. Међутим, правила о подношењу оптужбе суду непредвиђају последице неуређења приватне тужбе, што је подложно тумачењу да је остављен простор за оцену околности конкретног случаја, пре свега да ли је приватни тужилац овластио пуномоћника да састави и поднесе приватну тужбу. Замислимо је више ситуација. Прва, приватни тужилац или пуномоћник пропусти рок, прекорачи рок или уопште не поступи по налогу. Друго, приватни тужилац у извесној мери исправља приватну тужбу, али непотпуно или са грешкама. Трећа, пуномоћник приватног тужиоца не уреди приватну тужбу на начин који му је наложен.

Први случај не оставља дилеме, приватна тужба ће се одбити. Ако приватни тужилац поступи у року, али приватну тужбу не уреди у складу са законским одредбама, требало би применити одредбе члана 229 ЗКП, које користе формулацију „оптужба“. Појам „оптужба“ према одредби члана 2 став 1 тачка 10 обухвата и приватну тужбу. Приликом примене општих одредаба о поднесцима, потребно је ценити све околности конкретног случаја. Састављање оптужнице захтева правничко познавање материјалног и процесног кривичног права, док јасан опис кривичног дела често подразумева и праћење судске праксе⁶⁵¹ и вештине писања оптужних аката. Последица је да суд мора детаљно да поучи приватног тужиоца о садржини оптужбе, посебно о опису дела према законским одредбама. Од приватног тужиоца свакако не може да се очекује „савршен“ оптужни акт, по правилима струке и правне науке. Битно је да приватна тужба садржи елементе без којих се не може даље поступати. Од приватног тужиоца не може да се очекује да приликом навођења личних података окривљеног, означи све његове личне податке према одредби члана 85 став 1 ЗКП, с обзиром на то да му сви подаци најчешће ни нису познати. Две су могућности за поступање.

Ако су претходне поуке у довољној мери биле разумљиве и детаљне са аспекта обичног грађанина, постоји законски основ, а уједно је и оправдано да се такав поднесак одбацикао неуредан. Непоступање по налогу у виду непотпуног уређења или уређења са грешкама, некада би могло да буде основ за поновно налагање примењујући одредбу члана 229 став 3 ЗКП, а не члана 333 став 3 ЗКП. Тако на пример, не може да се очекује од правно неугог лица да зна све саставне делове кривице, дефиницију умишљаја и нехата осим ако се не упути на законске одредбе. У случају да приватни тужилац подноси приватну тужбу без ангажовања пуномоћника, оправдано је у појединим случајевима данови налог садржи

⁶⁵¹ Тако на пример на спорно правно питање судова „како треба поступати у ситуацији када се приватном кривичном тужбом окривљеном не ставља на терет неки од субјективних елемената предметног кривичног дела за које је оптужен или пак не садржи елементе кривице“, Врховни касациони суд је 6.7.2017. године дао одговор: „Начелно се може рећи да уколико у чињеничном опису радње кривичног дела у оптужном акту недостају субјективни елементи, онда нема ни кривичног дела, а ствар је оцене у сваком конкретном случају да ли из чињеничног описа радње оптужења произилазе и субјективни елементи кривичног дела, посебно у вези примене члана 500 ЗКП“.

Вид.: Ставови кривичног одељења Врховног касационог суда око спорних правних питања у вези којих није постигнута сагласност представника апелационих судова, доступно на

<https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Stavovi%20VKS%20iz%202017.pdf>, приступљено 6. августа 2019.

неопходна објашњења како би се приватна тужба допунила или исправила, ако последице неуређења чине извесним исход кривичног поступка. Поновно неуређење приватне тужбе, тада би имало за последицу одбацивање приватне тужбе као неуредне.

Одсуство поука и објашњења упућених приватном тужиоцу, могло би да онемогући приватном тужиоцу адекватан приступ суду. С друге стране, прекомерно поучавање противно је ужем опсегу права оштећеног на приступ суду и нарушава равноправност странака на штету окривљеног. Управо због последица по начело једнакости „оружја“, потребно је имати меру и у налагању приватном тужиоцу, посебно имајући у виду да приватни тужилац има право да ангажује пуномоћника за заступање, а да гоњење зависи искључиво од његове воље и интереса.

Неуређење приватне тужбе од стране пуномоћника приватног тужиоца на начин према одредбама члана 332 ЗКП, треба да има за последицу њен одбачај као неуредне, ако се врати без исправки и допуна. Пуномоћник приватног тужиоца мора да буде адвокат. Пуномоћник није правно неуко лице, чак и у случају да се специјализовао за друге правне области или стекао практично искуство у другим материјама.

Правила о испитивању оптужнице уређују доношење наредбе приватном тужиоцу да у року од 30 дана од дана саопштења одлуке прикупи доказе који су потребни ради бољег разјашњења стања ствари у погледу оправдане сумње, као и последицу пропуштања – доношење решења о одбијању приватне тужбе (члан 337 став 3 и 5 ЗКП). Веће треба у наредби да поучи приватног тужиоца о могућности да из оправданих разлога тражи продужење рока, примењујући правилно одредбу члана 337 став 4 ЗКП, посебно узимајући у обзир да се на приватног тужиоца не примењује одредба члана 19 ЗКП, нити да у овој фази веће има овлашћење да прибавља доказе по службеној дужности.

3.4. Противтужба

Поставља се питање да ли је посебан вид изједначавања приватног тужиоца и окривљеног процесно право окривљеног из члана 66 ЗКП да до завршетка главног претреса против приватног тужиоца поднесе противтужбу. Правна теорија је описује као „реципрочну меру окривљеног, уперену према приватном тужиоцу.⁶⁵² Противтужба се у пракси третира могућношћу окривљеног, која не подразумева дужност суда да поучава окривљеног о противтужби нити да од њега захтева изјашњење о њој.⁶⁵³ Установљење противтужбе може да одврати приватног тужиоца да поднесе приватну тужбу или да утиче на приватног тужиоца да одустане од приватне тужбе ако окривљени одустане од противтужбе. Пошто се не примењује рок за подношење приватне тужбе, несумљиво је да је посебна процесна погодност и право окривљеног у кривичном поступку који се води по приватној тужби. Осим наведеног, обе странке имају једнака процена права и дужности. Све ове околности воде закључку да противтужба омогућава и потпуну равнотежу у поступку. Противтужбом се постиже уједно свестрано и правично расправљање догађаја.

⁶⁵² С. Кнежевић (2015), стр. 157.

⁶⁵³ Тамара Радовић, Глигор Ненић, „Приватна тужба (криминално – политичка оправданост – норма и пракса)“, *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународно правни стандарди, норма и пракса)*, LX Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intertex, Златибор – Београд 2020, стр. 572.

Институт противтужбе предвиђа да се у једном лицу остварује стицај процесних улога приватног тужиоца и окривљеног. Обе странке су приватни тужиоци и окривљени, са аспекта целокупног кривичног поступка, док у погледу појединачног кривичног дела, свако има свог окривљеног. Исправно поступање током извођења доказа је сагледавање процесних улога према сваком кривичном делу засебно. Донекле је спорно како тумачити услов да је приватни тужилац, окривљеном „истом приликом учинио кривично дело“. Иста прилика несумњиво представља ситуацију када приватни тужилац непосредно након увреде окривљеног узврати истом увреду или му нанесе лаку телесну повреду која се гони по приватној тужби. Наведено се доводи у везу и са одредбом члана 30 став 1 тачка 4 ЗКП која предвиђа могућност спајања поступка ако је оштећени истовремено учинио кривично дело према окривљеном. Истовременост је свакако рестриктивнији услов. „Иста прилика“ оставља простор за шире тумачење у смислу континуитета, узрочне везе и временске повезаности са првим делом. У неким ситуацијама, замисливо је да је за извршење другог кривичног дела које се гони по приватној тужби потребно да прође бар неко краће време од извршења првог кривичног дела. Тада је потребно да се цене све околности конкретног случаја: временски размак између дела, природа дела, понашање оштећеног првим кривичним делом након његовог извршења, у смислу предузимања припремних радњи и сл..

Начелно, посебна одредба члана 30 став 2 ЗКП примењива је у ситуацији када је једно лице у првом кривичном поступку приватни тужилац, док је у другом окривљени, по приватној тужби окривљеног из првог кривичног поступка, чак и ако није остварен услов из одредбе члана 66 став 1 ЗКП, али постоји међусобна веза између дела и исти докази („еластичнији услов“). Упркос законским условима, вођење јединственог поступка у претходна два случаја настоји да се избегне (не иницира) и заобиђе у пракси, ради елиминисања процесних сложености које могу настати мешањем процесних улога. У погледу сваког кривичног дела у кривичном поступку у целини, остварује се начело једнакости „оружја“, те је потребно остварити „дуплу једнакост“.

Противтужба подразумева одлуку окривљеног у кривичном поступку, те његову процесну радњу да управо у предметном кривичном поступку гони приватног тужиоца. Законик у одредби члана 30 став 1 тачка 1 ЗКП предвиђа да ће се јединствени поступак по правилу спровести ако је оштећени истовремено учинио дело према окривљеном. Јединствени поступак се може водити и у ситуацији обухваћеној члан 30 став 2 ЗКП, када је друга приватна тужба подигнута у засебном поступку (не као противтужба у првом поступку), а постоји међусобна веза између дела и исти докази. Без обзира што се након спајања поступака друга приватна тужба неће звати противтужба, практичне последице јединственог поступка су исте. Приликом доношења одлука о спајању кривичних поступака у смислу одредбе члана 30 став 2 ЗКП, која користи формулацију „може се спровести“ јединствен поступак, суд треба да има у виду да је потребна правилна оцена целисходности и правичности⁶⁵⁴ једновременог расправљања и одлучивања. Заобилажење вођења јединственог поступка прети да негативно утиче на свестрано расправљање, те на правилнезакључео одлучним чињеницама. Пошто је терет доказивања на тужиоцу, а одбрана има право да прикупља доказе у своју корист, потреба свестраног расправљања треба нарочито да се цени у случају када странке иницирају вођење јединственог поступка, јер је игнорисање предлога опасност по начело једнакости „оружја“.

⁶⁵⁴ Иако Законик у кривичном поступку у члану 31 став 1 ЗКП у погледу раздвајања кривичног поступка као важне разлоге за одлучивање наводи правичност и целисходност, ове разлоге треба применити приликом одлучивања и о вођењу јединственог поступка, с обзиром на то да нема препреке да се након одлуке о спајању поступак раздвоји.

3.5. Процесни положај оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца у фази припрема за главни претрес и на главном претресу

Пропуштање дужности оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца да приступе на припремно рочиште и на главни претрес, као и пропуштање дужности приватног тужиоца да приступи на рочиште у смислу одредбе члана 505 став 1 ЗКП ради упознавања са могућношћу упућивања на поступак медијације, доводи до окончања кривичног поступка (решењем о обустави поступка, пресудом којом се оптужба одбија, решењем којим се оптужба одбија према члану 61 став 1 ЗКП, члану 67 у вези члана 61 став 1 ЗКП и члану 505 став 5 ЗКП), што је последица чињенице да је кривично гоњење опција за оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца. Мотивисано је различитим разлозима. Оштећени као тужилацправом да заступа оптужбу јавног тужиоца контролише одлуку јавног тужиоца о гоњењу. Оштећени тада може да се руководи имовинскоправним разлозима(остваривање имовинскоправног захтева у кривичном поступку), али и другим разлозима (осећај задовољења правде у материјалном смислу или формалном смислу).⁶⁵⁵

Приватни тужилац опредељује се за алтернативу да пред кривичним судом штити своја повређена или угрожена права.⁶⁵⁶ Окончање кривичног поступка као последица дискреционог кривичног гоњења ових овлашћених тужилаца, начелно чини положај окривљеног повољнијим. Ипак, о последицама пропуштања овлашћени тужиоци морају да се упозоре у позиву за главни претрес (члан355 став6 ЗКП), а на припремно рочиште сходно се примењују одредбе о главном претресу (члан 345 став 4 ЗКП).

Кривични поступак у коме су овлашћени тужиоци оштећени као тужилац и приватни тужилац је „више страначки.“ Другачија природа поступка резултат је одсуства обавезе непристрасности оштећеног, својствене јавном тужиоцу као државном органу, да „буде објективан, да се брине о материјалној одбрани окривљеног, да улаже правне лекове у корист окривљеног и сл.“⁶⁵⁷ Оштећени као овлашћени тужиоци имају право да подносе доказне предлоге, материјалне доказе, да постављају питања окривљеног, сведоцима, вештацима, која се морају остварити под једнаким условима у односу на окривљеног. Иако Законик предвиђа на апстрактан начин да суђење у одсуству предлаже тужилац, коришћење овог института тешко се може замислити у предметима у којима су оштећени овлашћени тужиоци. С обзиром на претходну процену јавног тужиоца о гоњењу, те некоришћење могућности да евентуално поново промени одлуку о гоњењу у смислу одредбе члана 62 ЗКП и природе кривичних дела, тешко да могу да постоје околности које би се подвеле под „нарочито оправдане разлоге“ из члана 381 став 1 ЗКП.

⁶⁵⁵ Горан П. Илић анализира да Уставни суд суштински полазећи од „процесног аспекта позитивне обавезе државе да обезбеди заштиту права на живот, оштећеном „признаје неспорни интерес да у поступку расправи да ли је смрт његове ћерке наступила услед пропуста и кривице окривљене“, али и да примењује стразбуршку концепцију да у случају повреде неког права која спадају у „тврдо језгро“ људских права спроведе делотворну истрагу“. Г.П. Илић (2012 а), стр.152,154.

Шкулић примећује да постоје и одређени начелни разлози да оштећени иако сам нема *ius puniendi*, има интерес да „тежи кривичном санкционисању окривљеног чијим је кривичним делом оштећен“. Из издвојеног мишљења на решење Уставног суда IУз-62/2018 од 18.4.2019.

У страниј литератури се примећује да независно од економског интереса постоје и морални мотиви. „Осуда окривљеног често, или бар понекад представља значајну сатисфакцију за жртву.“ Вид.: S. Trechsel, стр. 41 – 42.

⁶⁵⁶ М. Грубач (2008), стр. 161.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, стр. 159.

Начелни паралеризам у стварању могућности за странке да буду стручно, савесно и адекватно заступане у кривичном поступку закон обезбеђује прописивањем постављења пуномоћника.⁶⁵⁸ Један од основних међународноправних стандарда који се односи на жртву (оштећеног), те уједно захтев правичности, право је на одговарајућу помоћ током поступка. Оштећени као тужилац, на основу одредбе члана 59 став 1 ЗКП, има право да захтева постављење пуномоћника чији ће трошкови заступања, у виду нужних издатака и награде пасти на терет буџетских средстава суда. Услови за примену кумулативно су прописани: тежина кривичног дела због којег је преузео заступање оптужбе, интерес поступка и имовно стање оштећеног као тужиоца. Оцена да ли је задовољен услов интереса поступка захтева анализу свих објективних околности кривичног поступка пре свега обимности оптужбе, бројности доказа које је потребно извести, сложености правних и чињеничних питања, те околности које се односе на оштећеног као тужиоца. Цени се да ли би учешће пуномоћника адвоката с обзиром на анализу предмета и личност оштећеног као тужиоца, олакшало целокупан ток кривичног поступка, спречило непотребна одлагања и допринело правичном расправљању предмета. Имовно стање доказује се на адекватан начин подацима о имовини, запослењу, висини прихода које оштећени као тужилац остварује и њиховој редовности, породичним приликама, лицима које је дужан по закону да издржава, те другим околностима од којих зависи његова радна способност. Од значаја је да ли имовинске прилике оштећеном као тужиоцу пружају могућност да плати трошкове заступања према Тарифи о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, која адвокату за заступање оштећеног као тужиоца прописује исту награду као и за одбрану окривљеног.⁶⁵⁹

Оштећеном, оштећеном као тужиоцу и приватном тужиоцу ранији Законик је у члану 60 став 2 и 3 прописивао посебна права да предлажу доказе, постављају питања оптуженом, сведоцима и вештацима, да износе примедбе и објашњења у погледу њихових исказа, да дају друге изјаве и предлоге, да разматрају списе и разгледају предмете.⁶⁶⁰ У одредбама члана 50, 58 и 64 важећег Законика изостају посебно издвојена права на постављање питања, изношење примедби и објашњења, алије међу правима оштећеног, у члану 50 став 1 тачка 2 и 9 ЗКП, прописано право на „указивање на чињенице и предлагања доказа од важности за предмет доказивања“ и „учествовање у извођењу доказа.“ Појединачна права произлазе из општег права на присуствовање припремном рочишту и главном претресу из члана 50 став 1 тачка 8 и 9 и одредаба о страначким правима на припремном рочишту, на главном претресу и рочишту у смислу одредбе члана 505 става 3 ЗКП.

Оштећени као тужилац и приватни тужилацамају општа тужилачка односно страначка права као и права која се на њих изричито односе. Оштећени као тужилац и приватни тужилац имају права својствена оштећеном у која спадају поједина права оштећеног, сходно примењива на оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца, према члану 63 и члану 67 ЗКП, права на заступање оптужбе, права у вези са имовинскоправним захтевом и права на пуномоћника.

Додатно, оштећени као тужилац има право да због лошег имовног стања, под условима за постављење пуномоћника, поднесе захтев за постављење стручног саветника као и окривљени. Ово право се стичеако је пре преузимања гоњења орган поступка одредио вештачење, или ако је на главном претресу након стицања својства оштећеног као тужиоца,

⁶⁵⁸ Трешел указује на могућност да оштећени ужива бенефиције од права на стручну помоћ адвоката. Вид.: S. Trechsel, стр. 42.

⁶⁵⁹ Тарифни број 8 став 1 Тарифе *Службени гласник РС*, бр. 121/2012

⁶⁶⁰ Законика о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010

вештачење одредио суд на предлог странака или изузетно по службеној дужности. Правима странака на стручног саветника из члана 126 ЗКП, стварају се нормативни услови за остваривање начела једнакости „оружја“ и омогућава се уједно свестрано расправљање о предмету вештачења у коме учествују стручна лица пружајући помоћ странкама у поступку.

4. Правоокривљеногнаправнупомоћ

Право окривљеног на помоћ у одбрани од стране лица које је стручно, професионално и има искуство у примени материјалног и процесног кривичног права има суштински значај за начелоједнакости „оружја“.⁶⁶¹ Начело се сматра „каменом темељцем“ адверзијалног система, а „права на правно заступање и на правну помоћ суштинским гаранцијама такве једнакости.“⁶⁶²

Правна наука разликује два основна вида одбране: лична и стручна одбрана⁶⁶³. Право на стручну одбрану има своје оправдање првенствено у техничкој сложености кривичног поступка, недостацима потребне стручности окривљених да адекватно бране своје интересе (техничке и правне тешкоће познавања, разумевања и примене одговарајућих закона).⁶⁶⁴

Запажа се да је окривљени коме адвокат пружа стручну помоћ „у много бољем положају у погледу поштовања свих његових других права“, због боље информисаности о тим правима и помоћи адвоката у обезбеђењу поштовања права.⁶⁶⁵ Положај окривљеног у кривичном поступку насупрот положају тужиоца зависи од степена сналажења окривљеног у процедури, за шта је изузетно важно искуство браниоца окривљеног, његово познавање материјалног и процесног права, те тиме и „квалитет одбране“ у процедури, што *a priori* може да да предност оптужби над одбраном.⁶⁶⁶

⁶⁶¹ Закон о кривичном поступку Немачке прописује да и друга лица, не само адвокати могу да буду избрани браниоци, али одбрана мора да буде стручна. Окривљени имају право да изабере за браниоце предаваче правне науке из високих немачких школа, у складу са законом, који су квалификовани за судије (§ 138 (1) StPO). Имају право да изабере и друге особе уз дозволу суда, у случају обавезне одбране само заједно са другим браниоцем који испуњава одговарајуће услове (§ 138 (2) StPO). Преношење одбране са изабраног адвоката на другог правника могуће је уз сагласност странке, ако правник има положен правосудни испит и радио је у правосудју најмање једну годину и три месеца (§ 139 StPO).

⁶⁶² Lee Bridges, стр. 137.

⁶⁶³ У правној науци према садржини одбране разликују се материјална одбрана (изношење тврдње да „дело које је предмет оптужбе није кривично дело“, „држава нема право на меру казне која се захтева“) и формална одбрана („усмереност ка формалним недостацима оптужбе“ и поступка). Вид.: М. Шкулић (2020а), стр. 153., В. Ђурђић (2014), стр. 199.

⁶⁶⁴ С. Arangüena Fanego (2012 b), стр. 273.

⁶⁶⁵ Т. Бугарски, М. М. Писарић, „Уређење права на одбрану у праву Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, стр. 1417.

⁶⁶⁶ Интересантан је историјски пример детаљно анализиран у литератури у вези са зачецима међународног правосудја, у коме се примећују „елементи укупног положаја окривљеног“ (искуство браниоца, сналажење у правилима процедуре), „утисак окривљеног о степену испуњености захтева за фер поступком“, суђење у Нирнбергу „нацистичком вођству“ од стране „савезника“, које се темељило на правилима англосаксонског поступка („модификован англосаксонског тип кривичне процедуре“), у којем су окривљени и браниоци долазили из земаља у којима је владао „битно другачији тип поступка“, а суд је имао пасивну улогу, због чега се уједно истиче да је споран „квалитет одбране“, иако је значај суђења и пресуда у овом случају био доминантнији. Вид.: М. Шкулић (2020 b), стр. 109 – 110.

Правна помоћ окривљеном у кривичном поступку у најширем смислу подразумева право окривљеног да га стручно лице заступа, саветује, помаже му у одбранитокном поступку на суду, те да му као правни саветник пружи неку другу услугу правне помоћи ван суда. Окривљени ово право остварујеу целисти без помоћи државе тако што сам изабере и ангажује адвоката односно правног саветника, те сноси унапред све његове издатке. Право сеостварује и уз помоћ државе (у потпуности или у одређеној мери). Држава се тада суочава сапитањима у којој фази поступка је оправдано да интервенише, у којим случајевима, на који начин обезбеђује правну помоћ, да ли окривљени сам бира браниоца или му га држава „намеће“, те како се покривају настали трошкови.

Једно од основних права окривљеног је право на стручну помоћ браниоца (члан 68 став 1 тачка 3 ЗКП). Право окривљеног повлачи дужност државе да предузме мере да окривљеном обезбеди адекватну одбрану, што пре свега обухвата право на обавештавање о праву и начину његовог остваривања. Европски суд за људска права прихвата начелно ширу концепцију заштите адекватне одбране. Суд државе чланице може да поступа, „мимо жеље окривљеног у погледу правног заступања када постоје релевантни и довољни разлози за становиште да је то у интересу правде.“⁶⁶⁷ Дозвољена је интервенција суда у виду разрешења изабраног браниоца у законом предвиђеним случајевима (члан 80 став 1 ЗКП).⁶⁶⁸ Установљена су правила о способности да се буде бранилац (члан 73 ЗКП).

У ужем смислу, правно на правну помоћ подразумева ангажовање државе да се окривљеном обезбеди правна помоћ. Адверзијални тип кривичног поступка карактерише правна помоћ везана за сиромашко право и интересе правичности у оквиру којих се цени тежина дела и други критеријуми.⁶⁶⁹ Државе које прихватају овај тип поступка опредељују се за облике интервенције државе ради обезбеђивање правне помоћи сиромашном окривљеном (избор браниоца који ће бесплатно заступати окривљеног примарно је на окривљеном, закључивање уговора са приватним адвокатима, систем „државних бранилаца“). Законик о кривичном поступку засебно установљава два вида постављења браниоца по службеној дужности (обавезна одбрана и сиромашко право), по угледу на континентално – европска законодавства, и исти систем постављења, без могућности избора од стране окривљеног. Браниоци се постављају са листе адвоката коју доставља адвокатска комора, а њихови издаци падају унапред на терет буџетских средстава органа поступка.

Циљ Закона о бесплатној правној помоћи – ЗБПП је да се сваком лицу омогући делотворан и једнак приступ правди.⁶⁷⁰ Један од облика бесплатне правне помоћи је одбрана која обухвата „заступања осумњиченог, окривљеног или оптуженог у предистражном, истражном и кривичном поступку који се води због сумње да је извршено кривично дело за

⁶⁶⁷ *Pavlenko v. Russia*, ECtHR, App. no. 42371/02, 1 April 2010, final on 4/10/2010, para 98

⁶⁶⁸ Питање способности да се буде бранилац, процесна недисциплина браниоца, покретање кривичног поступка против браниоца, облик злоупотребе права давања пуномоћја, постојање заједничког браниоца противно члану 78 став 1 ЗКП ако окривљени нису испунили захтев из члана 78 став 2 ЗКП, случај да окривљени има више од пет бранилаца и не испуни захтев из члана 78 став 4 ЗКП.

⁶⁶⁹ У Великој Британији *Legal Advice and Assistance Act* из 1949. године поставља ова два услова за примену правне помоћи. На основу Видгери критеријума (*Widgery criteria*), осим интереса правичности према тежини кривичног дела односно надлежности суда пред којим се води поступак, интерес правичности постоји ако у конкретном случају, окривљеном прети 'стварна опасност' да ће се ако се осуди лишити слободе, изгубити посао или углед; ако одбрана обухвата суштински правна питања или проналажење сведока и испитивање сведока; у ситуацији када је заступање окривљеног неопходно да би се предузело унакрсно испитивање сведока оптужбе или у интересу неког другог осим окривљеног.“ Више о томе вид.: L. Bridges, стр. 140.

⁶⁷⁰ члан 2 Закона о бесплатној правној помоћи од 13. новембра 2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 87

које није предвиђена обавезна одбрана“ (члан 6 став 5 ЗБПП). Правна помоћ неопходна је приликом гарантовања једнаког приступа правди за све, а нарочито за особе које немају довољно финансијских средстава.⁶⁷¹ Позивањем на случај *Dayanan v. Turkey*, 7377/03, пресуда ЕСЉП од 13. октобра 2010. године, у литератури се као захтев начела једнакости „оружја“ истиче „комплетан асортиман интервенција својствених правној помоћи.“⁶⁷² Из пресуде произлази функционална дефиниција правне помоћи. „Бранилац мора да буде у стању да обезбеди без ограничења основне аспекте одбране: расправу о случају, организацију одбране, прикупљање доказа повољних за оптуженог, припрему за испитивање, подршку оптуженом у невољи и проверу услова притвора.“⁶⁷³ Закон о адвокатури одређивањем предмета адвокатуре садржински описује правну помоћ. У кривичном поступку правна помоћ обухвата: 1. давање правних савета и мишљења (усмених, писмених); 2. састављање поднесака (пре свега, захтева, предлога, молби, правних лекова, представки); 3. одбрану; 4. обављање других послова правне помоћи у име и за рачун окривљеног, на основу којих се остварују права или штите слободе и други интереси окривљеног (члан 3 ЗА).

4.1. Стандарди делотворне кривичне одбране

Основна начела улоге адвоката усвојена на 8. Конгресу УН о превенцији кривичних дела и третману учинилаца, промовишу важну улогу адвоката у заштити људских права која обухвата пружање заштите, успостављање права и пружање одбране. Наглашавају потребу формирања и развијања свести адвоката о значају и улози људских права у националном и међународном праву. Захтевају *ефикасан и једнак приступ* правној помоћи без било каквих разликовања и дискриминације и *признавање правне помоћи сиромашнима и лицима који су у неповољном положају* (професионална помоћ сиромашнима).⁶⁷⁴

У погледу права на правично суђење, Повеља Европске уније о основним правима, у члану 47 став 2, гарантује право на савет, одбрану и заступање. Стварање нормативног и фактичког амбијента за делотворну кривичну одбрану у систему кривичног правосуђа наилази на низ тешкоћа које су резултат потребе за ефикасним кривичним поступком. Један од показатеља је време потребно за елиминисање примедби која су уложене у поступку усвајања Директиве ЕУ 2013/48 од 22. октобра 2013. године⁶⁷⁵. Група држава чланица истичала је да текст предлога од 8. јуна 2011. године није узимао у обзир разлике националних кривичних

⁶⁷¹ Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice", Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), стр. 68.

⁶⁷² Ed Cape, Zaza Namoradze, *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*, Soros Foundation, Moldova 2012, стр. 60.

⁶⁷³ *Dayanan v. Turkey*, ECtHR, App. 7377/03, 13 October 2009, final on 13/1/2010, para 32

⁶⁷⁴ *Basic Principles on the Role of Lawyers, Adopted by the Eighth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990,

доступно на <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>, приступљено 15. априла 2017. године

⁶⁷⁵ *Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty*, 6.11.2013, L 294/1

правосудних система приликом усвајања минималних стандарда, да садржина „није адекватно уравнотежена са потребама кривичног гоњења.“⁶⁷⁶

Темељни захтевначела једнакости „оружја“ је право на одбрану у два вида: право на браниоца и право на адекватног браниоца. Доктрина примећује да неадекватан, нестручан, неактиван бранилац постављен по службеној дужности угрожава да окривљени равноправно са другом странком, а то је јавнитужилац, изводи „своје“ доказе.⁶⁷⁷ Адекватан бранилац способан је да испуњава све процесне дужности.⁶⁷⁸

Одбрана окривљеног захтева *практичну и ефективну одбрану*, заштићену пред државним органима у кривичном поступку, коју бранилац пружа окривљеном *одмах или без непотребног одлагања*, у међусобној комуникацији са окривљеним и приликом предузимања радњи у корист окривљеног пред органом поступка. Поприма изражен значај јавнотужилачком моделу истраге и амбијенту страначког извођења доказа, који захтевају наглашене вештине браниоца ради парирања јавном тужиоцу у кривичном поступку. Остваривање права на делотворну одбрану цени сеиз углаправа и дужности окривљеног и његовог браниоца.

Основно уставно посебно право окривљеног је право на одбрану и избор браниоца. Несумњиво је да управостицање својства осумњиченог у кривичном поступку и лишење слободе осумњиченог има за последицу право на упозорење о праву да узме браниоца (члан 289 став 2 и 3 ЗКП, члан 291 и члан 292 ЗКП). С тим у вези су два проблема. Опасност од нормирања да се право примењује од тренутка информисања органа поступка да је лице стекло својство осумњиченог је да власти могу да одложе тренутак од когасе основно право примењује једноставним одлагањем тренутка обавештења, док је проблем фактичке природе како контролисати практичну примену овог правила, јер током испитивања није јасно када ће особа почети да се сматра осумњиченим.⁶⁷⁹ Устав РС за лице

⁶⁷⁶ Lorena Bachmaier Winter, „The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment“, *Human Rights in European Criminal Law – New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty* (ed. Stefano Ruggeri), Springer, Cham 2015, стр. 112 – 113.

⁶⁷⁷ М. Шкулић, „Степен (не)усклађености кривичног поступка Србије са европским стандардима“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2016, стр. 74.

⁶⁷⁸ Дужности браниоца предвиђене су члану 72 ЗКП. Бранилац је дужан пре свега да пружа правну помоћ без одлагања, стручно, савесно, благовремено, да не злоупотребљава права, да упозорава окривљеног на последице невршења права (одрицања и одустајања), да пружа правну помоћ окривљеном у року од 30 дана од отказа пуномоћја, ако се пре истека тог рока не изабере браниоца.

Законик о кривичном поступку пружа заштитне гаранције одбрани окривљеног који се противи обавезној одбрани. Ако окривљени одбија браниоца по службеној дужности и жели да се брани искључиво сам, бранилац по службеној дужности дужан је да пружа окривљеном минимум одбране. Чак и противно вољи окривљеног упознаје га са садржајем доказних радњи и садржајем и током главног претреса, даје му, ако не може усмена, писана објашњења и савете. У случајевима да се окривљени томе изричито не противи, дужан је да присуствује радњама у поступку и да изнесе завршну реч, да на захтев или уз изричиту сагласност окривљеног изјави редовни правни лек и предузима процесне радње.

Доктрина указује да је добро што у завршној верзији Законика из 2011. године није прихваћен „привремен бранилац“ из Нацрта Законика. По Нацрту, у случају да је окривљени одбио постављеног браниоца, председник суда *могао* је да посебним решењем, руководећи се прописаним критеријумима (тежина кривичног дела, сложеност случаја и својства окривљеног), одлучи да му буде постављен тај претходни бранилац по службеној дужности као бранилац у приправности, чиме се суштински елиминисала обавезна одбрана. Вид.: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 111 – 112.

⁶⁷⁹ L. Bachmaier Winter, стр. 118.

лишено слободе без одлуке суда, захтева да се лицу *одмах саопштава право на браниоца* (члан 29 став 1).

Ако захтева интерес правичности у конкретном случају, окривљени који није у могућности да сноси трошкове браниоца на темељу одредбе члана 33 став 3 У РС има право на бесплатног браниоца, у складу са законом. У циљу поштовања начела једнакости „оружја“, постављење браниоца по службеној дужности може да се доведе у везу са искуством (практичан рад у струци, у кривичној материји или у оквиру система правосуђа, време проведено на раду) и стручности (стечено образовање и надградња образовања учествовањем у обукама, програмима, тренинзима ради унапређивања практичних знања и вештина браниоца) *према природи и тежини кривичног дела*.

Законик о кривичном поступку усвојен 2011. године, у одредби члана 73 став 2, у делу регулисања способности да се буде бранилац, предвиђао је за кривична дела за која је прописана казна затвора од десет година или тежа, обавезно искуство браниоца у трајању од најмање пет година у адвокатској, судијској или тужилачкој пракси.⁶⁸⁰ Ова гаранција искуства и стручности браниоца, иако несумњиво установљена у циљу обезбеђивања квалитетније одбране, замењена је минимумом стандарда, условом за пружање одбране од стране адвокатског приправника. Адвоката, у складу са важећим решењем Законика, може да замени његов приправник приликом пружања кривичне одбране ако је за кривично дело које се окривљеном ставља на терет прописана казна затвора до пет година.⁶⁸¹ Одступање од првобитног решења може се правдати спречавањем да се, практичним сужавањем избора браниоца ограничи окривљеном право на приступ суду и право на одбрану.

У литератури се наглашава да је у поступку израде Међународног пакта о грађанским и политичким правима, на коме је заснован члан 6 Конвенције, израз „квалификовани заступници“ („*qualified representative*“) замењен изразом „правна помоћ“ („*legal assistance*“), који нужно не захтева адвоката, већ помоћ у правном вођењу случаја.⁶⁸² Држави се оставља слободан простор да изабере адекватан начин и средства за остваривање практичне и делотворне одбране у конкретном случају, а истовремено ЕСЉП задржава надзор над испуњењем овог задатка.

Законска је гаранција делотворне одбране, садржана у члану 76 став 2 ЗКП, дужност адвокатске коморе да обезбеди квалитет одбране на начин да: 1. у списку бранилаца по службеној дужност наведе датум уписа адвоката у именик адвоката; 2. води рачуна о делотворној одбрани, тако што ће да цени да ли „практични или стручни рад адвоката у области кривичног права даје основа за претпоставку да ће одбрана бити делотворна“. Осим тога, ради остваривања гаранција стручности и професионалности, Закон о адвокатури, у члану 17, прописује *дужност адвоката да се усавршава*, као и да приправнику обезбеди одговарајуће услове за рад и обуку. Дакле, чињеница уписа у списак довољна је за обориву претпоставку да одбрана задовољава стандарде квалитета, те делотворности. Претпоставка је

⁶⁸⁰ Законик о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011

⁶⁸¹ Интересантно је да споменемо поједина решења југословенског кривично процесног законодавства која стављају у први план способност за послове адвоката. Према Законику о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године, адвокати су могли бити јавни бележници, професори права на универзитету као и лица, оспособљена за адвокате, јавне бележнике и судије, ако нису у активној државној служби. Законик о кривичном поступку из 1953. године дозвољавао је да бранилац буде лице са правном спремом које није адвокат, али је способно да окривљеном пружи помоћ у одбрани, ако у седишту суда нема довољно адвоката.

⁶⁸² David Harris *et al.*, *Harris, O' Boyle & Warbrick: Law of The European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, Oxford 2009, стр. 317.

оборива у поступку одлучивања о разрешењу, доказивањем да у конкретном случају бранилац не пружа помоћ окривљеном у одбрани стручно, савесно и благовремено. У пракси ЕСЉП истиче се да „држава не може бити одговорна за сваку ману од стране адвоката постављеног за потребе правне помоћи, али се цени у датим околностима да ли су надлежни органи предузимали мере да обезбеде да окривљени *ужива ефективно право које су му признали да му припада*.“⁶⁸³

Права браниоца у кривичном поступку обухватају општа права која омогућавају обављање функције браниоца, права у вези са односом бранилац – клијент, правана предузимање процесних радњи пред органима поступка и право на припрему одбране.

1. Прва врста права издваја се у Основним начелима улоге адвоката– право на обављање *функције без застрашивања, препрека и узнемиравања*. Ужива гаранције заштите пред државним органима, које омогућавају обављање професионалне функције. Основ права су самосталност и независност адвокатуре, као и признавање њеног јавног значаја (члан 2 ЗА). Из независности адвокатуре произлази да је начелно понашање одбране првенствено питање које треба да буде предмет међусобногрешавања окривљеног и његовог браниоца.⁶⁸⁴ Знања и вештине адвоката су захтев за стручно, независно, самостално, делотворно и етично обављање адвокатске службе (члан 17 ЗА).

Особина коју треба да поседују браниоци у кривичном поступку је неустрашивост. У правној теорији се наглашава значај храбрости, једне од најбољих врлина потребне адвокату „да брани оптуженика за дело, које је изазвало нарочито узбуђење и револт у јавности, јер јавно мњење може да буде заведено, може да греши, а правда не сме да се поводи за њим“.⁶⁸⁵

За реализацију права посебан значај имају гаранције лишења слободе адвоката, покретање поступка против адвоката и претреса адвокатске канцеларије (члан 35 ЗА). Право седоводи у везу са слободом изражавања. Наилази се и на дилеме око опсега права, поготову у сфери коментарисања јавног тужиоца као странке у поступку и одлука органа поступка. Проналази се схватање да једнакост „оружја“ и други захтеви правичности иду у корист слободне, па чак и насилне размене аргумената између странака, али да је основни приступ ЕСЉП да је потребно да се води рачуна између „права јавности да прима информације о питањима која произилазе из судских одлука, захтева правилног спровођења правде и достојанства правничке професије.“⁶⁸⁶

2. Права остварива у односу браниоца и окривљеног обухваћена су правом окривљеног на адекватну прилику, време и средства за припремање одбране и правом на браниоца (правом на приступ браниоцу). Темељно уставно право окривљеног је да *несметано опити са браниоцем* (члан 33 став 2 У РС). Основна начела УН под овим правом подразумевају посете окривљеном, комуникацију са окривљеним и консултовање без одлагања. Делотворна одбрана окривљеног лишеног слободе захтева да му се омогући контакт са браниоцем, „чиме жели да покрене радњу или да припреми своју одбрану у вези са кривичном тужбом“.⁶⁸⁷ Лишење слободе окривљеног обухвата и случајеве лишења слободе у другом предмету (пре свега притвор или издржавање казне затвора). Директива ЕУ 2013/48у

⁶⁸³ *Artico v. Italy*, ECtHR, App. no. 6694/74, 13 May 1980, para 36

⁶⁸⁴ *Prežec v. Croatia*, ECtHR, App. no. 48185/07, 15 January 2010, para 30; *Cuscani v. the United Kingdom*, ECtHR, App. no. 32771/96, 24 September 2002, final on 24/12/2002, para 39

⁶⁸⁵ М. П. Чубински, стр. 464.

⁶⁸⁶ Е. Сапе, Z. Namoradze, стр. 61.

⁶⁸⁷ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр. 441.

погледу права на приступ адвокату у кривичном поступку детаљније налаже поштовање поверљивости комуникације између окривљеног и браниоца која обухвата састајање, кореспонденцију, телефонске разговоре и друге форме комуникације.⁶⁸⁸

Законик о кривичном поступку предвиђа право браниоца на поверљив разговор са осумњиченим, који се надзире само гледањем, а не и слушањем, да са окривљеним који је у притвору на поверљив начин разговараи неометано води преписку (члан 71 ЗКП). Бранилац има право да несметано посећује притворена лица и да са њима разговара без присуства других лица (члан 219 став 3 ЗКП), а на браниоца се не односе забране приликом преписке са притвореником у погледу писама која окривљени шаље браниоцу или их од њега прима (члан 220 став 2 ЗКП).

Одговарајуће време и услови према члану 6 став 3 (б) Конвенције подразумевају неограничени и поверљив приступ сваком клијенту, а систем који рутински налаже претходну дозволу судије или тужиоцаза посету адвоката крши ову одредбу.⁶⁸⁹ Начелно, ако се окривљени налази у притвору потребно је да постоји координација између судова и управа завода, која ће омогућити приступ браниоца окривљеном без одлагања. Ипак, основно питање које сепостављау овом контексту је да ли је окривљеном, „у суштини онемогућена комуникација са браниоцем до те мере да је повређено право на одбрану из члана 6 став 3 тачка б) Европске конвенције, те се сагледава поступак у целини.“⁶⁹⁰ Критеријуми за оцену да ли је одбрани омогућено да буде делотворна односе се на окривљеног, кривични поступак и његов предмет.

У случају *S. v. Switzerland*, 12629/87, 13965/88, пресуда од 28. новембра 1991. године надгледање комуникације осумњиченог и браниоца цењено је као повреда члана 6 став 3 (ц) Конвенције, кршење права на приступ адвокату.⁶⁹¹ Право на браниоца има шири домашај. Задаци браниоца укључују поред припреме за суђење и друге задатке, „контролу законитости било каквих мера предузетих у току истраге, питања везана за доказе, као и пружање даље помоћи оптуженому погледу било којих жалби које би он желео да поднесе у вези притвора“, те ако бранилац не може слободно да комуницира са окривљеним, „долази до мешања у више ових задатака или је њихово испуњење онемогућено“.⁶⁹²

Надзор суда над комуникацијом притвореника са браниоцем „озбиљно је ометање права окривљеног на одбрану“ и треба да се наведу, „врло озбиљни разлози за његово оправдање.“⁶⁹³ Европски суд за људска права разматра да ли су задовољени критеријуми

⁶⁸⁸ члан 4 Директиве ЕУ 2013/48

⁶⁸⁹ Н. Мол, К. Харби, стр. 113.

⁶⁹⁰ Уставни суд Босне и Херцеговине у Одлуци о допустивости и меритуму, број АП 3138/08 од 9. марта 2011. године цени однос између браниоца и клијента у поступку у целини, да ли постоји „каснија слободна комуникација са браниоцем“, у ситуацији када је у ранијој фази поступка време једног контакта између окривљеног и браниоца било ограничено на десет минута уз присуство управника завода. Вид.: Миодраг Симовић, Марина Симовић, „Право на одбрану (Конвенцијски оквир, уставно судска пракса у Босни и Херцеговини и пракса Врховног суда САД)“, *Европске интеграције и казно законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2016, стр. 374.

⁶⁹¹ пара 48.

⁶⁹² *Izveštaj Komisije u slučaju Can protiv Austrije*, 9300/81, 30/09/1985, доступно на <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, приступљено 20. август 2019.

⁶⁹³ *Lanz v. Austria*, ECtHR, App. no. 24430/94, 31 January 2002, final on 30/4/2002, para 52

делотворне одбране и у ситуацију када се присуство окривљеног обезбеђује преко видео – конференцијске везе.⁶⁹⁴

У случају учешћа окривљеног у кривичном поступку путем видео – конференцијске везе („*виртуелно учешће*“ окривљеног) позиција браниоца у односу на окривљеног може да буде различита (окривљени сам на локацији, окривљени и бранилац у истој просторији или окривљени има браниоца који је са њим на локацији и браниоца који је пред судом, што пружа највеће гаранције делотворне одбране). У случају да је окривљени сам на удаљеној локацији, важно је да се обезбеди канал комуникације (телефон, видео линк) између окривљеног и браниоца који је приватан и поверљив.⁶⁹⁵

3. Предузимање процесних радњи пред органом поступка пре суђења подразумева присуство браниоца саслушању осумњиченог, предузимању доказних радњи, узимање учешћа у њима, као и подношење посебних средстава за контролу рада јавног тужиоца. У правној теорији се у вези са фазама поступка које претходе суђењу истиче право „доказне контроле“ односно „надзора над прибирањем (извођењем) доказа,“ „које треба да омогући браниоцу да не допусти у доказном поступку пропуштање ма чега, што би се могло употребити за одбрану, или учињење нечега недопуштеног, што би одбрани могло шкодити.“⁶⁹⁶ Браниоцу се током истраге доставља наредба о спровођењу истраге (члан 297 став 1 ЗКП), упућује позив да присуствује саслушању осумњиченог и испитивању сведока и вештака (члан 300 став 1 ЗКП). Бранилац има право да присуствује увиђају (члан 300 став 3 ЗКП), да предлаже постављање питања осумњиченом, сведоку или вештаку или да им по дозволи јавног тужиоца непосредно поставља питања, да износи примедбе на записник, да предлаже прикупљање појединих доказа (члан 300 став 8 ЗКП), те да присуствује претресању (члан 156 став 2 ЗКП). У вези доказних предлога у истрази, за остваривање права на одбрану важна је примена одредаба о предузимању доказних радњи у корист одбране (члан 302 ЗКП, члан 117 став 3 ЗКП). Посебна средства окривљеног и браниоца су приговор због неправилности у току истраге и притужба судији за претходни поступак (члан 312 ЗКП). Бранилац има право да предложи судији за претходни поступак да донесе решење о издвајању записника о доказним радњама (члан 237 став 1 ЗКП). Овлашћен је да поднесе одговор на оптужницу (члан 336 став 2 ЗКП).

На припремно рочиште позива се бранилац, који има право да присуствује рочишту и да предложи нове доказе (члан 347 ЗКП). Бранилац има право да присуствује суђењу и на њему учествује, као и да пружа одбрану окривљеном пред судом правног лека. Позив за главни претрес доставља се и оптуженом и браниоцу, а оптуженом мора да се остави довољно времена за припремање одбране (члан 355 став 4 ЗКП). Бранилац након одређивања главног претреса и на главном претресу има права одговарајућа страначким правима, да предлаже доказе, поноси друге предлоге, приговоре, поставља питања, као и право на завршне речи. Дужност суда је да обезбеди једнаке услове браниоцу и тужиоцу за реализацију ових права.

⁶⁹⁴ Суд је ценио да је у конкретном случају „законско право браниоца да буде присутан у просторији за саслушање, да је бранилац у конкретном случају реализовао право да буде присутан у соби у којој се налази његов клијент и да се са њим консултује поверљиво, те да није повређено право окривљеног да комуницира са својим адвокатом без могућности да чују трећа лица.“ Вид.: *Marcello Viola v. Italy*, ECtHR, App. no. 45106/04, 5 October 2006, final on 5/1/2007, para 75

⁶⁹⁵ О томе: Matthew Terry, Steve Johnson, Peter Thompson, *Virtual Court pilot Outcome evaluation*, Ministry of Justice Research Series 21/10, London, 2010, стр. 21.

⁶⁹⁶ Т. Живановић (1935), стр. 7.

4. Посебан вид права браниоца је право да *предузима радње у циљу припреме одбране* које укључује право адвоката на информацију, као основ делотворне одбране. Устав РС, у члану 33 став 2, прокламује право окривљеног на „примерено време и одговарајуће услове за припрему одбране.“ Основно је право окривљеног из члана 68 став 1 тачка 7 ЗКП – ана „довољно времена и могућности за припремање одбране“. Право се примењује и на браниоца окривљеног у кривичном поступку. Време примерено да бранилац припреми одбрану цени се према околностима које се односе на окривљеног, браниоца и предмет кривичног поступка.⁶⁹⁷

У пракси ЕСЉП, одредба члана 6 став 3 (ц) Конвенције захтева оцену и да ли је у конкретном случају било довољно времена и могућности за припремање браниоца постављеног по службеној дужности у смислу члана 6 став 3 (б) Конвенције, тако што се води рачуна о околностима које се односе на проучавање списа, припрему поднесака, консултовање са клијентом.⁶⁹⁸ Запажа се да припремање одбране може да буде конзумирано повредом права окривљеног да га брани бранилац, што проистиче из предмета *S. v. Switzerland*, 12629/87, 13965/88, пресуда од 1991. године, у којој је констатовано да су власти браниоцу допустиле да само за тренутак погледа списе предмета.⁶⁹⁹

Минимални захтев из члана 355 став 4 ЗКП указује да када суд цени време потребно за припремање одбране пре главног претреса најпре треба да води рачуна о тежини кривичног дела које је предмет кривичног поступка. Аутори истичу да ако „оптужени има велико поверење у одређеног адвоката, који је веома заузет у одређеном релевантном периоду, судске власти ће то морати узети у обзир колико је год могуће.“⁷⁰⁰

За остваривање функције одбране од кључног значаја је осим комуникације браниоца са осумњиченим пре првог саслушања, упознавање браниоца са околностима које се окривљеном стављају на терет и доказима, дозвољавање браниоцу да изврши увид у списе предмета и вансудске активности одбране видљиве пре свега из члана 19 и члана 301 ЗКП. Дужност пружања помоћи односи се на дужност свих државних органа да и на захтев браниоца окривљеног, пруже потребну помоћ у циљу прикупљања доказа. Право на информацију из Закона о адвокатури шире је постављено. Подразумева дужност установа, предузећа и других организација да благовремено достављају информације, списе, доказе, као и омогућавање приступа информацијама (члан 36 ЗА). Прикупљање доказа и материјала у корист одбране у литератури се доводи у везу са начелом једнакости „оружја“ и тиме се правда његово посебно нормирање у кривичном поступку.

Непосредно пре првог саслушања осумњиченог, бранилац има право да прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака, а под условом да је окривљени саслушан бранилац има право да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ (члан 71 став 1 тачка 2 и 3 ЗКП). Пружање помоћи органа поступка по захтеву разматрања списа предмета и разгледања доказа браниоца остварује се тако да одбрана не трпи штетне последице одсуства информације. Потребно је да се омогући браниоцу да на

⁶⁹⁷ Европска комисија за људска права издваја критеријуме: временски период између постављења браниоца и суђења, обимност и сложеност случаја, тешкоће комуникације браниоца са клијентом (психолошко и физичко стање клијента). Вид.: *X and Yv. Austria*, 7909/74, EComHR, Report, 12 October 1978, стр.162.

⁶⁹⁸ *Goddi v. Italy*, ECtHR, App. no. 8966/80, 9 April 1984, para 31

У конкретном случају додатно отежавајућа околност била је што окривљени није могао да се појави пред судом, те пружање одбране није могло да буде адекватно и ефикасно.

⁶⁹⁹ В. Беширевић *et al.*, стр. 137.

⁷⁰⁰ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр. 438.

неометан начин и у адекватно времеразматра списе и разгледа доказе. Значај прегледања и разматрања списа предмета за одбрану окривљеног изражен је и у Тарифи о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката.⁷⁰¹

Право на приступ списима предмета треба да буде директан и благовремен. Тако се у предмету *Öcalan v. Turkey*, 46221/99, пресуда од 12. маја 2005. године, у вези са начелом једнакости „оружја“ цени да подносилац представке није могао да добије директан приступ списима предмета до веома касне фазе поступка, да су адвокати добили одговарајући приступ списима са закашњењем, а да ограничења на приступ не смеју да спрече да докази буду на располагању оптуженом пре суђења и да се пружи прилика окривљеном да их коментарише преко свог адвоката, усмено.⁷⁰²

4.2. Обавезна одбрана

Обавезна одбрана један је од инструмената за остваривање начела једнакости „оружја“ у националном законодавству. У случају да окривљени не жели браниоца, суочава се са аутономијом његове воље да се брани лично. Европски суд за људска права налази, полазећи од од ставова Комитета за људска права, да власти могу да поступају мимо жеље окривљеног у погледу избора правног заступања, „када постоје релевантни и довољни разлози да се сматра да је то потребно у интересу правде.“⁷⁰³ Ограничења поље слободне процене државе да одобре личну одбрану окривљеног повезана су са заштитом оптуженог и јавним интересима.⁷⁰⁴ Суд такође налази да „апсолутна забрана права на личну одбрану у кривичном поступку без помоћи браниоца може, под одређеним околностима, да буде претерана (релативно једноставни случајеви, мање озбиљне оптужбе, окривљени у стању да правилно води своју одбрану).“⁷⁰⁵

Законик о кривичном поступку у члану 74 прописује девет основа обавезне одбране. Малолетник, на основу члану 49 став 1 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗМ,⁷⁰⁶ мора да има браниоца приликом првог саслушања и током читавог поступка. Обавезна одбрана је начин да се обезбеди ефикасно учествовање „рањивог“ малолетника од прве фазе у кривичној истрази у виду „широког разумевања природе истраге, значаја казне која се може изрећи, права на одбрану.“⁷⁰⁷ Мало је

⁷⁰¹ Према Тарифном броју 79 Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, *Службени гласник РС*, бр. 121/2012, засебно се тарифира прегледање и разматрање списа предмета. У пракси се поставило питање тарифирања приступа браниоца у полицију ради пријема решења о задржавању. Иако наведену радњу карактерише хитност и нужност, с обзиром на природу радње, време предузимања, услед одсуства изричите регулативе могу се пронаћи и примери одбијања признавања наведених издатака.

Адвокатска комора дала је аутентично тумачење Тарифе (158 – 4/09) од 5. септембра 2009. године да се под појмом „разматрања списа“ има сматрати „пријем решења о задржавању“. Доступно на <http://www.akv.org.rs/autenticno-tumacenje-tarife-158-409/?lang=cir>, приступљено 17. априла 2018.

⁷⁰² пара 140, 148

⁷⁰³ *Correia de Matos v. Portugal*, ECtHR, App. no. 56402/12, 4 April 2018, para 126, 134; *Pavlenko v. Russia*, ECtHR, App. no. 42371/02, 1 April 2010, final on 4/10/2010, para 98

⁷⁰⁴ *Correia de Matos v. Portugal*, ECtHR, App. no. 56402/12, 4 April 2018, para 128

⁷⁰⁵ *Ibid.*, para 133, 137

⁷⁰⁶ *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005

⁷⁰⁷ *Panovits v. Cyprus*, ECtHR, App. no. 4268/04, 11 December 2008, final on 11/3/2009, para 67

вероватно да би с обзиром на старост, малолетник био „свестан права на правно заступање“, те да „разумно процени последице поступка саслушања без помоћи браниоца.“⁷⁰⁸

Разлози за обавезну одбрану околности које стручну одбрану чине *a priori* неопходном. Везане су за личност окривљеног, тежину кривичног дела и ситуације које узрокују да окривљени постане „посебно рањив“ или да има очигледно неповољан положај у односу на јавног тужиоца. Важећи Законик уводи нове основе (забрана напуштања стана, суђење у одсутности због неспособност коју је окривљени сам проузроковао, удаљење окривљеног из суднице, преговори о закључењу страначких споразума). Иако усваја бројне адверзијалне елементе, задржава обавезну одбрану, без обзира на имовно стање и вољу окривљеног. Посебан обим обавезне одбране предвиђа се за окривљеног који одбија правну помоћ браниоца (члан 72 став 2 ЗКП). Како се то истиче у правној теорији, у овом случају нема колизије двеју супротних воља, законодавчеве и окривљеног, јер је воља другог мањкава.⁷⁰⁹

1. *Неспособност окривљеног да се брани сам* подразумева пре свега физичке недостатке окривљеног⁷¹⁰ (нем, има озбиљне сметње у говору, глув, слеп и други физички недостаци који онемогућавају окривљеном да се успешно брани) и психичке недостатке окривљеног који не доводе до процесне неспособности, али онемогућавају успешну одбрану (нпр. недовољна душевна развијеност и интелигенција, незрелост, социјална запуштеност, неписменост, извесни психички недостаци узроковани болестима). Може да обухвата и друге препреке за пружање ефикасне одбране.⁷¹¹ Делотворну одбрану не чинисамо право окривљеног на присутност, већ и његово право да чује и прати ток поступка, које извире из посебних права окривљеног гарантованих чланом 6 став 3 тачка (ц), (д) и (е) Конвенције.⁷¹² Неспособност да се окривљени успешно брани шире је постављен разлог. Подразумева очигледне недостатке у понашању, опажању и комуникацији окривљеног од утицаја на делотворну одбрану. Одговара начину на који ЕСЉП одређује ефективно учешће у кривичном поступку – „широко разумевање природе судског поступка и онога што му се ставља на терет укључујући и значај сваке казне која му се може изрећи.“⁷¹³ Окривљени мора да има браниоца од првог саслушања до правноснажног окончања кривичног поступка (члан 74 став 1 тачка 1 ЗКП). Практично, бранилац се поставља пре започињања првог саслушања (пре узимања личних података од окривљеног).

2. У погледу *тежине кривичног дела*,⁷¹⁴ основ за обавезну одбрану је прописана казна затвора од осам година или тежа казна. Законик о кривичном поступку из 2011. године

⁷⁰⁸ *Ibid.*, para 71

⁷⁰⁹ З. Мршевић, *Обавезна одбрана у кривичном поступку*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 1986, стр. 23.

⁷¹⁰ Закон о кривичном поступку Немачке прописује да се захтев осумњиченог за постављење браниоца који је глув или нем мора уважити (§ 140 (2) StPO).

⁷¹¹ У литератури се сугерише да би у случају када је окривљени лишен слободе у другом предмету требало окривљеном поставити браниоца позивањем на неспособност окривљеног да се сам брани. Вид.: Горан П. Илић *et al.*, стр. 292.

⁷¹² *Stanford v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 16757/90, 23 February 1994, para 26

⁷¹³ *Timergaliyev v. Russia*, ECtHR, App. no. 40631/02, 14 October 2008, final on 14/1/2009, para 51

⁷¹⁴ Развој кривичног процесног законодавства указује на ранију поделу дела према тежини на злочинства, преступлења и иступе, те прописивање обавезне одбране за сва злочинства и поједине случајеве преступлења према Законик о поступку судском у кривичним делима од 1865. године и поједина злочинства („предвиђена највећа мера робија или заточење преко пет година“) и случајеве злочинства према Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године.

снижава доњу границу прописане казне у односу на раније важеће законско решење према коме је окривљени морао да има браниоца ако се поступак водио због кривичног дела за које се могла изрећи казна затвора преко десет година, те проширује број кривичних дела за која је обавезна одбрана.⁷¹⁵ Један од мотива законодавца је осим активне доказне улоге странака и браниоца на главном претресу, вероватно ичињеница да кривични поступак почиње доношењем наредбе за спровођење истраге за кривична дела за која је прописана казна затвора преко осам година.⁷¹⁶ Европски суд за људска права налази да специфичности истраге доводе до тога да окривљени често види себе као „посебно угроженог“, те ова фаза поступка тражи додатне захтеве за остваривање „једнакости оружја између истражних или тужилачких власти и окривљеног“, што се у већини случајева „може само на одговарајући начин надокнадити уз подршку адвоката.“⁷¹⁷ Одбрана је обавезна од првог саслушања окривљеног до правноснажног окончања кривичног поступка (члан 74 став 1 тачка 2 ЗКП).

Раније законско решење продужавало је трајање обавезне одбране у случају да је изречена казна затвора од четрдесет година за поступак по ванредним правним лековима.⁷¹⁸ Обавезну одбрану у поступку по ванредним правним лековима предвиђа и законодавство држава у региону (Хрватска, БиХ/Федерација БиХ/Брчко Дистрикт/Република Српска, Црна Гора) када је изречена казна „дуготрајног затвора“ или „најдужа казна затвора“. Условеначком законодавству обавезна одбрана траје и у поступцима по ванредним правним лековима ако је окривљеном изречена казна затвора од тридесет година или доживотног затвора и ако је окривљени нем, глув или на други начин није у стању да се успешно брани (члан 70 став 4 ЗКПС).

Једна од основних замерки која се у стручној литератури упућује новинама у Законнику о кривичном поступку је да захтев за заштиту законитости може да поднесе искључиво бранилац, а не и окривљени који нема средства да га обезбеди, због чега је окривљеном „фактички ускраћено право на изјављивање овог ванредног правног лека.“⁷¹⁹

3. *Лишење слободе* обухвата више облика: задржавање, забрана напуштања стана, притвор.⁷²⁰ Само по себи ужива посебну заштиту и захтева усмеравање додатне пажње суда

⁷¹⁵ Упркос томе, у правној теорији се сматра да факултативна одбрана за велики обим кривичних дела доводи окривљеног без браниоца у инфериоран положај у односу на јавног тужиоца, јер окривљеном због незнања бива касније ускраћено право на извођење доказа у његову корист и успешно доказивање. Вид.: В. Ђурђић (2015 а), стр. 388.; М. Шкулић (2013 б), стр. 712.

⁷¹⁶ Примећујемо да законодавац не везује искључиво редован кривични поступак са обавезном одбраном, с обзиром на то да је одбрана обавезна и ако се за кривично дело које је предмет поступка може изрећи казна затвора у трајању од осам година.

⁷¹⁷ *Salduz v. Turkey*, ECtHR, App. no. 36391/02, 27 November 2008, para 54

⁷¹⁸ члан 71 став 4 Законика о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010.

Продужено трајање обавезне одбране установљало је и раније законодавство. Према Закону о кривичном поступку од 1976. године, ако се поступак водио због кривичног дела за које је изречена смртна казна, одбрана је била обавезна и за поступак по ванредним правним лековима. О томе вид.: Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 93.

⁷¹⁹ Ј. Тинтор, „Бранилац као субјект правног лека“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016, стр. 321.

⁷²⁰ У регионалном законодавству проналазимо да је лишење слободе основ за обавезну одбрану и када је окривљени лишен слободе или се налази на издржавању казне затвора у другом предмету (члан 66 став 1 тачка 4 Закона о казненом поступку Хрватске). Сматрамо да је ово решење додатна гаранција права на

ка заштити начела једнакости „оружја“, јер је окривљени у посебном психо – физичком стању, додатно оптерећен условима у којима се налази. Фактички отежава положај окривљеноги у кривичном поступку. Европски суд за људска права упућује на препоруке Европског комитета за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања у којима се више пута износи да је „право лица лишеног слободe на правни савет основна гаранција против злоупотреба.“⁷²¹ Браниоцу се у поступку даје функција заштите окривљеног од незаконитих и арбитрарних хапшења, притварања, затварања и других мера органа поступка којима се одузима или ограничава слобода. Пружање правне асистенције омогућава окривљеном да штити своје право на слободу и да на ефикасан начин припрема и износи своју одбрану. Доктрина указује да се лишењем слободe може довести у питање претпоставка невиности, јер „примена мера принуде према неком лицу увек доводи до стигматизације лица од стране друштва које га у таквим случајевима најчешће сматра кривим“.⁷²² У случају *Benham v. United Kingdom*, 19380/92, пресуда Великог већа од 10. јуна 1996. године, Суд потврђује мишљење Комисије да „ако окривљеном прети лишење слободe, интереси правде у начелу захтевају правно заступање.“⁷²³

Бранилац задржаног лица ради пружања помоћи у одбрани има право на несметани приступ ради преузимања решења о задржавању у циљу контроле законитости одлуке јавног тужиоца.⁷²⁴ Забрана напуштања стана, као вид лишења слободe, у материјалноправном смислу (урачунавање у казну затвора) и процесним гаранцијама (одлучивање судије за претходни поступак, већа) изједначава се са притвором. Проблем се јавља у пракси услед одсуства детаљног нормативног уређења права окривљеног коме је забрањено напуштање стана.⁷²⁵ Упркос постојања правних празнина, јасно је да се због природе мереи положаја

делотворну одбрану, те као такво пожељно, јер лишење слободe само по себи фактички знатно отежава окривљенима да прикупљају доказе у своју корист ако не ангажују браниоца. Најчешће тада окривљени неће бити ни у могућности да снесу издатке браниоца. Ова околност би се, ако не на пољу обавезне одбране, свакако морала ценити приликом одлучивања о примени сиромашког права.

Према гледишту Уставног суда Хрватске у овом случају окривљеном су ограничена права, те има „мању могућност комуникације са бранитељем“. Вид.: Šime Pavlović, *Zakon o kaznenom postupku*, 2. izdanje, Libertin naklada Biblioteka pravo i zakoni, Rijeka 2014, стр. 167 – 168.

⁷²¹ *Salduz v. Turkey*, ECtHR, App. no. 36391/02, 27 November 2008, para 54

⁷²² Т. Бугарски (2017), стр. 346.

⁷²³ пара 61

⁷²⁴ Према Аутентичном тумачењу Тарифе о наградама и накнади трошкова за рад адвоката, пријем решења о задржавању подводи се под појам „разматрање списка“ у складу са којим се тарифира. Иако се у погледу ове ставке у трошковницима бранилаца по службеној дужности и даље може пронаћи супротна пракса, оправдано је тарифирање, с обзиром на природу, хитност, нужност радње, време предузимања и одвојеност радње од приступа саслушању осумњиченог. Другачије поступање „прети“ да се негативно одрази на браниоце да задовоље захтеве делотворне одбране.

⁷²⁵ Недоумице у пракси у погледу извршења кућног притвора услед постојања правних празнина окончане су у пракси заузимањем правног става Врховног касационог суда да се „окривљеном коме је изречена мера забране напуштања стана не може одлуком суда дозволити свакодневно напуштање стана ради боравка у одређеном времену на свежем ваздуху у току трајања ове мере“, с обзиром на одсуство законске регулативе да суд о томе одлучује, као и чињеницу да су одредбом члана 208 ЗКП „таксативно побројане ситуације када окривљени може изузетно а без одобрења суда напустити стан“. Став кривичног одељења Врховног касационог суда око спорних правних питања у вези којих није постигнута сагласност представника апелационих судова (Нови Сад – 31.3.2017. године), доступно на

<https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Stavovi%20VKs%20iz%202017.pdf>, приступљено 18. августа 2019.

Став се правда чињеницом да је ова мера блажа и да не искључује излазак на терасу, у двориште, редовно ветрење, као и да подразумева знатно повољнији положај окривљеног. Међутим, недостаје дубља анализа

окривљеног мора обезбедити несметана комуникација окривљеног са браниоцем сходном применом одредаба о правима притвореника, посетама притворенику и препискама са притвореником. Окривљени мора да има браниоца од лишења слободе до правноснажности решења о укидању мере (члан 74 став 1 тачка 3 ЗКП).

4. Одсутност окривљеног на суђењу основ је за обавезну одбрану у прописаним случајевима: 1.) суђење у одсуству 2.) одржавање главног претреса у одсутности окривљеног због неспособности коју је сам проузроковао 3.) удаљење из суднице 4.) одржавање претреса пред другостепеним судом у одсутности окривљеног. Одбрана је обавезна од доношења одлуке о суђењу о одсуству/одсутности/удаљењу.

Због значаја захтева суђења у присуству из кога извиру бројна права окривљеног, у литератури сенаводи да *суђење у одсуству*, захтева браниоца коме припадају шира права него што редовно припадају браниоцу.⁷²⁶ С обзиром на то да ЗКП у члану 71 став 1 тачка 5 прописује да бранилац има право да у корист окривљеног предузме све радње које може да предузме и сам окривљени, ово схватање треба применити у смислу да се онемогући додатно ограничење права на одбрану. Док суђење у одсуству траје, окривљени мора да има браниоца (члан 74 став 1 тачка 5 ЗКП).

Неспособност коју су окривљени сами проузроковали подразумева психо – физичко стање изазвано злоупотребом алкохола, дрога, глађу и сл. коједоводи до немогућности да окривљени учествују на суђењу и да прате ток суђења, што суд утврђује након испитивања вештака. Овим понашањем окривљени уједно спречавају правилно и ефикасно вођење поступка. Окривљени мора да има браниоца до правноснажности решења о утврђивању престанка неспособности (члан 74 став 1 тачка 5 ЗКП). Европска Комисија за људска права сматра је легитимном судском мером када је „избегнута намера оптужених да спрече одржавање суђења“, а одбрана није стављена у неповољнији положај, јер су окривљене заступали адвокати који су остали у контакту са њима („имали су неограничену прилику да контактирају са својим клијентима“).⁷²⁷ Европски суд за људска права наглашава да је од пресудног значаја за правичност система кривичног правосуђа да оптужени буде адекватно заштићен, како у првостепеном тако и у жалбеном поступку.⁷²⁸

Удаљење окривљеног из суднице до завршетка доказног поступка или завршетка главног претреса крајња је мера процесне дисциплине према окривљеном.⁷²⁹ Последица је

са аспекта поштовања основних људских права и слобода, те остаје сумња да је правни став заузет због постојања фактичких тешкоћа контроле „шетњи окривљеног“.

⁷²⁶ М. Грубач, Т. Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, 13. издање – према Законикау из 2011. године, Пројугис, Београд 2014, стр. 656.

⁷²⁷ *G. Ensslin, A. Baader & J. Raspe v/the Federal Republic of Germany*, EComHR, App. N° 7572/76, 7586/76 et 7587/76, 8 July 1978, 64, 116.

⁷²⁸ *Pelladoah v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 16737/90, 22 September 1994, para 40

⁷²⁹ Основ за обавезну одбрану удаљење окривљеног из суднице (члан 74 став 1 тачка 6 ЗКП) односи се искључиво на удаљење окривљеног до завршетка доказног поступка или завршетка главног претреса. Није у сагласности са конкретизованим правилима о удаљењу оптуженог из суднице (члан 371 ЗКП), нарочито правилном из члана 371 став 4 ЗКП које обухвата шири основ за обавезну одбрану, упућивањем на правило из члана 371 став 1 ЗКП које садржи случај да се оптужени удаљи из суднице за време предузимања одређене доказне радње.

Осим тога, формални услови за удаљење окривљеног из суднице међусобно су неусклађени. Основ за обавезну одбрану (члан 74 став 1 тачка 6 ЗКП) и правила о удаљењу (члан 371 ЗКП) одређују да се о удаљењу одлучује *наредбом*, против које није дозвољено изјављивање жалбе. Удаљење из суднице убраја се у општа овлашћење већа, на које се надовезује правило да се *решења већа* објављују и уносе у записник

понашања окривљеног којим се флагрантно⁷³⁰ омета правилно вођење суђења – „нарушавање реда у судници.“ Један је од случајева када према међународним стандардима интерес правде захтева обавезну одбрану.⁷³¹ Окривљени тада мора да има браниоца до повратка у судницу или до саопштавања пресуде (члан 74 став 1 тачка 6 ЗКП).

Бранилац по службеној дужности поставиће се оптуженом који *сепрећутно одрекао права да присуствује претресу пред другостепеним судом* (упозорен да ће претрес бити одржан у његовом одсуству, уредно позван, при чему свој изостанак није оправдао). Обавезна одбрана траје до доношења одлуке о жалби на пресуду (члан 74 став 1 тачка 9 ЗКП).

5. У поступку за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, окривљени мора да има браниоца од подношења предлога за изрицање мере до окончања поступка (доношењем одбијајуће пресуде или ослобађајуће пресуде или решења о обустави поступка за примену мере или правноснажности решења о изрицању мере). Пре обављеног вештачења на основу кога се утврђује потреба евентуалног изрицања мере, у предистражном поступку и истрази, прибављају се подаци неопходни за вештачење. Често прикупљени подацима по себи указују на постојање душевних сметњи због којих постоји опасност да ће окривљени да понови дело у релативно кратком временском периоду. У овом случају у пракси, притвор се јавља као основ за обавезну одбрану.

6. Када постоји иницијатива за закључење *страначких споразума, окривљени односно осуђени* мора да има браниоца од почетка преговора са јавним тужиоцем. Важеће законско решење пружа снажније гаранције начела једнакости „оружја“ од ранијег, према коме је окривљени морао да има браниоца најкасније осам дана пре почетка рочишта на коме се одлучивало о споразуму о признању кривице.⁷³²

Стандарди пружања делотворне одбране када је реч о страначким споразумима, поред познавања материјалног и процесног права и поседовања практичних знања и вештина, захтевају познавање казнене политике државе. Бранилац треба редовно да прати судску праксу, заузете правне ставове и неуједначеност у примени права, јер својим предлозима и саглашавањем утиче директно на садржину пресуде. Начело једнакости „оружја“ захтева да бранилац, применом одредбе члана 303 став 1 ЗКП, оствари право да буде упознат са доказним материјалом у тужилачким списима пре приступања процедури преговарања и право на несметану комуникацију са окривљеним пре почетка и у току поступка преговора. Јавни тужилац није дужан да доставља доказе окривљеном и браниоцу, већ искључиво да их обавести о предузимању доказних радњи, да омогући увид у списе предмета, њихово разматрање и разгледање предмета који служе као доказ. Примећује се могући проблем, који доводи до злоупотребе права браниоца икршења права окривљеног на делотворну

са кратким образложењем. Нарочито је изражена контрадикторност ако се има у виду одредба члана 375 став 3 ЗКП из које следи да је против решења о удаљавању окривљеног из суднице дозвољено изјављивње посебне жалбе која не задржава извршење решења у случају да је окривљени удаљен до краја доказног поступка или завршетка главног претреса.

⁷³⁰ Европски суд за људска права указује да се „флагрантно непоштовање окривљеног елементарних стандарда правилног понашања нити може нити сме толерисати“. Такође, налази да је „судија дужан да утврди да је подносилац представке могао разумно да предвиди какве ће бити последице његовог тренутног понашања пре него што је донео одлуку да наложи његово удаљење из суднице.“ О томе: *Idalov v. Russia*, ECtHR, App. no. 5826/03, 22 May 2012, para 176 – 178.

⁷³¹ *Correia de Matos v. Portugal*, ECtHR, App. no. 56402/12, 4 April 2018, para 126, 133

⁷³² Сама чињеница преговора није била основ за обавезну одбрану, што је „отварало врата“ повредама начела. О томе: В. Бајовић (2009), стр. 182.

одбрану, да браниоци, нарочито браниоци по службеној дужности, из разлога финансијске природе, смањења обима посла, будућег поступања тужиоца у другом предмету и других мотива, притискају окривљене да прихвате споразум.⁷³³ Фактичка неравноправност странака у поступку закључивања споразума о признању кривичног дела најбоље је изражена запажањем о спознаји бранилаца да „бранилац окривљеног зна да му је тужилаштво потребно, а да он није потребан тужилаштву.“⁷³⁴

Поступак преговарања о споразуму о признању кривичног дела није регулисан Закоником о кривичном поступку. Међутим, на основу правила о садржини и условима прихватања споразума, закључује се које све радње је потребно да предузме јавни тужилац поступајући у улози државног органа. Радиотклањања сумње у поступање учесника у преговорима, заменици јавних тужилаца у пракси сачињавају службену белешку детаљно констатујући присутност преговорима и садржај преговарања од започињања до завршетка, као и предлоге странака. Иако се ради о страначком споразуму, јавни тужилац има дужност непристрасности, која га обавезује да има у виду све околности конкретног случаја и да, у складу са начелом правичности, као орган поступка, пружи окривљеном неопходне поуке о правима и дужностима, да објашњења и да изврши неопходне провере. Примећујемоу пракси и да се састављају детаљније службене белешке које садрже: поуке о праву на преговоре, праву на браниоца, објашњења о форми споразума, квалитету и обиму сагласности на споразум и признања, правним и процесним последицама споразума, о могућности одустанка од споразума, поуке о правима и дужностима окривљеног на рочишту на коме суд одлучује о споразуму о признању кривичног дела, констатације да се омогућава окривљеном да постави питања ради разјашњења, те да су извршене неопходне провере да ли је окривљени разумео поуке.

Браниоца по службеној дужности поставља у истрази јавни тужилац, а у судској фази поступка председник суда, по *редоследу* са списка адвоката који доставља надлежна адвокатска комора.⁷³⁵ Интересантно је приметити да је раније важеће решење у законодавству Црне Горе на основу којег је окривљени могао претходно да бира браниоца са списка Адвокатске коморе довело до злоупотреба у виду избора браниоца у извиђају или истрази, а затим отказа пуномоћја, да би користећи ову законску могућност окривљени поново бирао истог браниоца.⁷³⁶

Надлежност јавног тужиоца одговара његовој улози органа поступка, дужног да поступа законито и непристрасно, истовремено штитећи права окривљеног. У литератури се

⁷³³ Више о томе вид.: Гордана Лажетић – Бужаровска, Бобан Мисоски, „Поступак споразумевања према ЗКП Македоније“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2013, стр. 213.

⁷³⁴ Albert Alschuler, „The Prosecutor 's Role in the Plea Bargaining“, *University of Chicago Law Review*, Vol. 36, 1968, стр. 68.

⁷³⁵ У ретким случајевима у пракси, супротно јасном захтеву из члана 76 став 1 ЗКП, удовољавало се жељи окривљеног да му се постави одређени бранилац кога би окривљени ангажовао да није лошег материјалног стања. Од увођења система софтверске апликације за одређивање бранилаца по службеној дужности ова појава је и фактички онемогућена. Европски суд за људска права истиче да приликом именовања браниоца национални судови свакако треба да узму у обзир жеље оптуженог, али да се оне могу занемарити када је реч о бесплатној правној помоћи и у случајевима ако суд нађе да је неопходно у интересу правде да окривљеног брани бранилац који му је одређен због постојања „релевантних и довољних разлога“. Вид.: *Croissant v. Germany*, ECtHR, App. no. 13611/88, 25 September 1992, para 29; *Vozhigov v. Russia*, ECtHR, App. no. 5953/02, 26 April 2007, final on 26/7/2007, para 41

⁷³⁶ Вид.: Д. Радуловић (2016), стр. 263.

напомиње да се са логичког аспекта не може правдати да једна странка поставља браниоца другој страници.⁷³⁷ Гледиште додатно добија на значају ако се има у виду да је бранилац из истраге најчешће и бранилац на главном претресу. У пракси прихваћен начин организовања постављења преко адвокатске коморе елиминише примедбе. Саопштавање јавном тужиоцу адвоката по редоследу са списка, на којег ће гласити решење о постављењу, пружа гаранције да је доношење решења о постављењу браниоца техничке природе, јер не зависи од воље и интереса јавног тужиоца.

4.3. Стручна одбрана сиромашног окривљеног

Под одређеним околностима, високи трошкови поступка узрокују проблеме у погледу права на приступ судовима и права на правично суђење.⁷³⁸ Начелна обавеза државе да омогући делотворно право на приступ суду ствара дужност да предузме позитивне мере ако је то неопходно ради постизања овог циља. Држава не може једноставно да остане пасивна, али јој се препушта слободан избор средстава која ће користити, у контексту да није функција Суда да „означи или да диктира мере које треба да се предузму.“⁷³⁹

Конвенција у члану 6 став 3 тачка (ц) поставља два општа услова да би окривљени добио бесплатно браниоца по службеној дужности: 1.) окривљени нема довољно средстава да плати правну помоћ 2.) интереси правде то захтевају. Право на бесплатно браниоца обухваћено је правом на правично суђење, али се не занемарује двоструки карактер бесплатне правне помоћи, као процесне гаранције и права социјалне заштите.⁷⁴⁰ Оцена постојања интереса правичности у домену је слободне процене држава, али истовремено захтева образложење одлуке националног суда које контролише ЕСЈП, руководећи се пре свега критеријумом да ли окривљеном прети лишење слободе.

Бранилац треба да буде благовремено постављен, ако је то неопходно да би заступао окривљеног у кривичном поступку. Интереси правичности цене се с обзиром на поступак у целини. Најважније је да се окривљеном обезбеди заступање браниоца на суђењу, јер је „највећизначајприродекривичног поступка предрасправним судом, где се обично износе сведокази окривљени добија вероватно једину шансу да га суд испита непосредно.“⁷⁴¹ Испитујући повреде члана 6 став 3 тачка (ц), ЕСЈП разматра да ли је накнадно ангажовање браниоца, те каснија бесплатна правна помоћ, у фази поступања по правним лековима, „излечило“ недостатке првостепеног поступка, ценећи при томе да ли постоји ограничени обим разматрања судова правних лекова.⁷⁴² Приликом оцене услова за одбрану сиромашних окривљених потребно је да се сагледа свака фаза поступка, њене

⁷³⁷ М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 114.

⁷³⁸ *X. and Y. v. The Netherlands*, EComHR, App. N° 6202/73, 16 March 1975, стр. 66.

⁷³⁹ *Airey v. Ireland*, ECtHR, App. no. 6289/73, 9 October 1979, para 25 – 26

⁷⁴⁰ Voyatzis Panayotis, „The Right to Legal Assistance Free of Charge in the Case – Law of the European Court of Human Rights“, *Cyprus Human Rights Law Review* (ed. Leto Cariolou), European Human Rights Law Institute, Vol.1, 1/2012, стр. 42 – 56.

⁷⁴¹ *Prežec v. Croatia*, ECtHR, App. no. 48185/07, 15 January 2010, para 29

⁷⁴² *Quaranta v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 12744/87, 24 May 1991, para 37

специфичности и резултати. Неки проблеми у вези са браниоцем по службеној дужности су веома касно постављење, одбијање постављења, те одбрана са очигледним недостацима.⁷⁴³

Стручна одбрана сиромашног окривљеног, законски „одбрана сиромашког“ из члана 77 ЗКП, подразумева постављење браниоца по службеној дужности окривљеном који нема довољно финансијских средстава да ангажује браниоца. Осим што омогућава остварење појединачног захтева правичности из члана 33 УРС, једна је у низу законских позитивних процесних мера у равнотежења положаја окривљеног у кривичном поступку. Њена реализација видљива је у образложењу употребе примене, односно разлога за одсуство примене. Захтева да се размотре све околности које могу да буду значајне за задовољење критеријума делотворне одбране. Начелно, постојање кршења члана 6 став 3 (ц) Конвенције замисливо је и ако није због повреде права на правну помоћ уследило „стварно дискриминисање окривљеног.“⁷⁴⁴ Не може се рећи *a priori* да би нека ситуација „очигледног недостатка“ пружања правне помоћи неизбежно нарушила начело једнакости „оружја“ с обзиром да би оно било више у природи испољавања овлашћења судије да води поступак у циљу правилног спровођења правде.⁷⁴⁵

Законик оставља недоумице у примени института „одбране сиромашног“. Разлог су недовољно прецизне одредбе, неусклађеност са јавнотужилачком истрагом и дефинисање покретања кривичног поступка. Задржава материјалне услове за одбрану сиромашног окривљеног из претходног Законика, а у погледу функционалне надлежности за одлучивање, уместо истражног судије наводи судију за претходни поступак.

4.3.1. Материјалноправни услови за стручну одбрану сиромашног окривљеног

Конвенцијски захтев интереса правичности за пружање одбране путем бесплатног браниоца штити се постављењем критеријума. Материјалноправни услови за стручну одбрану сиромашног окривљеног из члана 77 ЗКП, осим имовинског стања окривљеног, обухватају и прописану казну или разлоге правичности.

Имовинско стање важно је за остваривање једнаког и ефикасног приступа правди.⁷⁴⁶ Према међународним стандардима, за лица којима се пружа правна помоћ ради приступа правди користе се изрази „веома сиромашна особа“ или лица која су у „озбиљном сиромаштву“. Препорука Савета Европе о ефикасном приступу закону и правди за веома сиромашне, усвојена 8. јануара 1993. године, описује да су ова лица особе „посебно лишене, маргинализоване или искључене из друштва у економско – социјалном и културолошком смислу, препознатљиве као лишене ефективног уживања људских права.“⁷⁴⁷ Ако имовно стање лица превазилази оквире „законом дефинисаног сиромаштва“, околност његовог тешког положаја може да се цени у оквиру другог критеријума за одбрану сиромашних

⁷⁴³ Jill Coster van Voorhout, *Ineffective Legal Assistance: Redress for the Accused in Dutch Criminal Procedure and Compliance with ECHR Case Law*, Brill | Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2016, стр. 393.

⁷⁴⁴ *Artico v. Italy*, ECtHR, App. no. 6694/74, 13 May 1980, para 35

⁷⁴⁵ *Czekalla v. Portugal*, ECtHR, App. no. 38830/97, 10 October 2002, final on 10/1/2003, para 70

⁷⁴⁶ Повеља ЕУ, у члану 47 став 2 и 3, наглашава да свако треба да има могућност да му се да савет, да се брани и да буде заступан, док ће онима који немају довољно средстава бити омогућена правна помоћ у мери која је неопходна да би им се обезбедио ефективан приступ правди.

⁷⁴⁷ CM/Rec No. R (93) on effective access to the law and to justice for the very poor, 8 January 1993

окривљених. Европски суд за људска права не мења националне судове у процени, већ преиспитује да ли су ово питање разматрали у складу са захтевима члана 6 Конвенције.⁷⁴⁸

Неповољне имовинске прилике према ЗКП – у требада буду такве да окривљени не може да плати награду и трошкове браниоца.Износ награде и стварних издатака обрачунава се у складу са Тарифом о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката. Законикформално не захтева да лице не може да издржава себе и лица која је по закону дужан да издржава,већ да не може својим имовним стањем да одговори издацима који се признају за ангажовање браниоца у кривичном поступку. Практично,ова околност од утицаја је за оцену имовног стања окривљеног (приходи, расходи, имовина).Најпре се утврђуједа ли окривљени има уопште своју имовину, да ли је запослен или издржавано лице.⁷⁴⁹Суд треба да има у виду прописану казну за кривично дело које се окривљеном ставља на терет, која је основ за обрачунавање награде адвоката. Имовно стање окривљеног упоређује се са тарифом за предузимање појединих процесних радњи.

Окривљени приликом подношења захтева за примену „одбране сиромашног“ треба да учини вероватним своје лоше имовинско стање тако што ће поднети доказеоимовини и приходима које остварује, броју лица које издржава, по правилу уверењима надлежног органа о имовном стању (потврдама да није обвезник пореза на имовину, уверењима о просечним приходима од зараде и другим приходима), изводима из матичних књига, судским одлукама о висини обавезе издржавања, потврдама о незапослености и на други погодан начин.⁷⁵⁰Потребно је да се води рачуна и о околности да ли је окривљени и колико дуго лишен слободе. У литератури се примећује да се пред органима Конвенције није покренуло много питања у вези са овим условом, али се чини да захтеви у погледу доказа које оптужени мора да пружи о томе да нема довољно средстава *не треба да буду исувише строго постављени*.⁷⁵¹

Имовинско стање цени се након подношења захтева, али се води рачуна да ли је дошло до измене података о имовном стању (постављањем питања окривљеном, налагањем окривљеном да поднесе поново доказе ако се појави сумња о промени). Изменаимовинског стањаокривљеног током поступка у мери да може да надокнади све нужне издатке и награду браниоца, иако је у пракси тешко замислива,има за последицу разрешење браниоца (члан 80 став 2 тачка 3 ЗКП).Изричито је прописано да се трошкови стручне одбране сиромашног окривљеног неће наплаћивати од лица која су дужна да накнаде трошкове кривичног поступка (члан 261 став 5 ЗКП).⁷⁵²Европски суд за људска права позива се на став Комисије да се израз "нема довољно средстава да плати" односи само на време до тренутка

⁷⁴⁸ *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria* (No. 3), ECtHR, App. no. 21124/04, 16 October 2012, final on 16/1/2013, para 51

⁷⁴⁹ Уставни суд цени околност да ли је окривљени у току целокупног кривичног поступка имао ангажованог браниоца. Одлука Уставног суда РС Уж 4628/10 од 18.1.2012. године, 7.,доступно на<http://www.ustavni.sud.rs/page/view/160-101195/sudska-praksa>, приступљено 20. августа 2019.

⁷⁵⁰ Закон о казненом поступку Хрватске садржи детаљне одредбе о доказивању имовног стања окривљеног, чланова његове породице и лица које дужан да издржава, односно која су дужна да издржавају окривљеног. Доказивање се односи на годишње приходе, податке о рачунима и власништву над некретнинама, покретним стварима и правима (члан 72 Закона о казненом поступку Хрватске), што указује на висок стандард доказивања који је подложен критици. О томе: Z. Đurđević (2013), стр. 352 – 353.

⁷⁵¹ Н. Моле, К. Харби, стр. 120.

⁷⁵² Законик изричитим регулисањем на овај начин пружа сигурне гаранције стручној одбрани сиромашног окривљеног примењујући захтев који Конвенција поставља у члану 6 став 3 (е). Европски суд за људска права оставља сумњу у тумачење одредбе члану 6 став 3 (ц), за разлику од јасног значења речи „бесплатна“ помоћ преводиоца у члан 6 став 3 (е). Вид.: *Ludicke, Belkacem and Koc v. Germany*, ECtHR, App. no. 6210/73; 6877/75; 7132/75, 28 November 1978, para 44

одлучивања да ли да се пружи правна помоћ, али је релевантно и време одлучивања да ли и у којој мери осуђени мора да плати трошкове поступка.⁷⁵³

У пракси ЕСЉП решавана је дилема подносилаца представки да ли да истичу повреду права на правично суђење у смислу члана 6 Конвенције заједно са повредом забране дискриминације из члана 14 Конвенције, нарочито када се ради о имовини као основу дискриминације. Суд је заузео становиште да члан 14 Конвенције не постоји независно, да представља један одређени елемент (недискриминације) сваког од права зајамчених Конвенцијом, да чланови који прописују та права могу бити нарушени сами и/или у вези са чланом 14 Конвенције, да испитивање повреде права из члана 14 није потребно када Суд утврди засебно кршење члана 6, а да је другачије у ситуацији када је неједнакост у третману при уживању односног права фундаментални аспект случаја.⁷⁵⁴

Прописана казна или разлози правичности су алтернативно постављени законски услови, али су обухваћени јединственим уставним захтевом *„интереса правичности.“* Судска пракса ЕСЉП указала је на значај околности о којима државе треба да воде рачуна и свеобухватно их цене у контексту интереса правичности, које чине вероватним да је правна помоћ окривљеном неопходна. Најчешће се истичу тежина (озбиљност) оптужбе, тежина (озбиљност) прописане казне, сложеност случаја (тешкоће око утврђивања чињеница, могућност опозива раније условне осуде) и личне прилике окривљеног (старосна доб, порекло, средина у којој живи, професионална обука, ранија осуђиваност, конзумирање опојних дрога, издржавање од социјалне помоћи) које онемогућавају окривљеном да изнесе свој случај на адекватан начин.⁷⁵⁵ Окривљеном је правна помоћ потребна пре свега ако се у кривичном поступку издвоје спорна правна питања,⁷⁵⁶ јер не може да парира јавном тужиоцу без стручне помоћи. У пракси ЕСЉП има се у виду и сложеност кривичног поступка,⁷⁵⁷ као и околност да је окривљени странац.⁷⁵⁸ Европска комисија за људска права приликом оцене грађанског судског поступака разматрала је критеријуме правила извођења доказа и емотивни став подносиоца представке према исходу поступка.⁷⁵⁹ У кривичном поступку сложеност доказних питања и емотивни однос окривљеног у вези дела и жртве (нпр. осећај гриже савести који онемогућава окривљеном да буде објективан) могу да буду посебно изражени и да додатно отежавају окривљеном да пружи делотворну одбрану.

Законодавац се најпре определио за услов, уз имовинско стање, могућност изрицања казне затвора преко три године. Коментарису усаглашени да ће увек бранилац бити постављен, ако захтева његово постављење сиромашан окривљени коме се ставља на терет кривично дело за које се може изрећи казна затвора преко три године.⁷⁶⁰ Овоби значило да је сама чињеница прописане казне затвора преко три до осам година за кривично дело, као *a*

⁷⁵³ *Ognyan Asenov v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 38157/04, 17 May 2017, para 41

⁷⁵⁴ *Airey v. Ireland*, ECtHR, App. no. 6289/73, 9 October 1979, para 30

⁷⁵⁵ *Quaranta v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 12744/87, 24 May 1991, para 32 – 36

⁷⁵⁶ *Pakelli v. Germany*, ECtHR, App. no. 8398/78, 25 April 1983, para 38

⁷⁵⁷ *Gutfreund v. France*, ECtHR, App. no. 45681/99, 12 June 2003, final on 12/9/2003, para 40

⁷⁵⁸ Околност да је окривљени странац, могла би да се разматра и у оквиру законског основа за обавезну одбрану „неспособност окривљеног да се успешно брани.“ У предмету *Twalib v. Greece*, ECtHR, 42/1997/826/1032, 9 June 1998, у параграфу 53, ова околност цени се у оквиру остваривања интереса правичности приликом припрема за подношење жалбе која захтева „правне вештине и искуство, а посебно познавање разлога због којих се може уложити жалба.“

⁷⁵⁹ *A. W. Webb v The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 9353/81, 1 May 1983, para 139 – 140

⁷⁶⁰ Г. П. Илић *et al.*, стр. 299.; М. Грубач, Т. Васиљевић (2014), стр. 189.

priori прописан разлог правичности, без оцене околности случаја, довољна да би се признало сиромашко право, што фактички проширује обавезну одбрану и начелно додатно штити једнакост „оружја“. Захтеви интереса правичности у погледу осталих околности остају релевантни за мали број кривичних дела. У региону проналазимо и одређење законодавца да је запрећена казна једна околност у низу околности које су битне за правилну оцену сиромашког права.⁷⁶¹ Неспорно је да, без обзира на прихваћену опцију, висина запрећене казне фактички може да буде од одлучног утицаја за доношење одлуке (природа дела, тежина последице), јер утиче да друге околности конкретног случаја дођу до изражаја.

Налагање разлога правичности алтернативно је прописан услов. Други разлози могу да превагну над прописаном казном. По слову закона, примена института могућа је и за лакша кривична дела (прописана казна затвора до три године), ако указују да вођење кривичног поступка без стручне одбране браниоца не би било правично.⁷⁶² У немачком праву имовно стање није претходни услов за постављење браниоца, а предвиђа сезадовољење интереса правичности (на захтев или по службеној дужности) ако је неопходно учешће браниоца због тежине кривичног дела или сложености случаја или правне ситуације (чињеничне, правне сложености предмета) и ако је очигледно да окривљени не може да се брани сам, те обавезно постављење (на захтев окривљеног) ако окривљени има поремећај слуха или говора (§ 140 (2) StPO).

Упркос томе што се не уређује ситуација промене околности у корист окривљеног, не постоје формалне препреке да се, ако се током кривичног поступка промени имовно стање окривљеног или околности од којих зависи примена критеријума „разлога правичности“, на основу нових чињеница и нових доказа дозволи одлучивање о новом захтеву окривљеног за примену сиромашког права.

4.3.2. Формалноправни услови за стручну одбрану сиромашног окривљеног

Формалноправни услови односе се на поступак одлучивања, постојање захтева окривљеног и надлежност за одлучивање. Захтев окривљеног иницира поступак одлучивања о одбрани сиромашног. Правно неук окривљени треба да се упозна са овим правом у поступку. Међу правима окривљеног из одредбе члана 68 ЗКП није детаљно формулисано право на бесплатно браниоца, већ уопштено право на стручну помоћ браниоца у складу са Закоником. Поука окривљеном добија на значају ако се узме у обзир да су позитивне обавезе државе и да се стара о примени заштитних гаранција. Орган поступка сходно томе треба изричито да поучи окривљеног или да обрати пажњу на материјалне услове за одбрану сиромашних, па да, ако примети да постоје на основу добијених података, изјава и понашања окривљеног, обавести окривљеног о праву.⁷⁶³ На значај поука упућује и предлог Европске комисије државама чланицама „да сачине посебна писмена, тзв. писмо о правима која би се

⁷⁶¹ Ако не постоје услови за обавезну одбрану, члан 70 Законика о кривичном поступку Црне Горе не издваја као посебни услов прописану казну, већ уопштено интересе правичности.

⁷⁶² У странијој литератури која анализира праксу ЕСЈП истиче се значај оцене „сложености расправе на суђењу и нивоа образовања и правног знања окривљеног, према начину и степену стручности његове одбране.“ С. Arangüena Fanego (2012 b), стр. 271.

⁷⁶³ Римски Статут Међународног кривичног суда, у одредби члана 67 став 1 (д) изричито предвиђа право окривљеног да буде информисан да има право на правну помоћ коју ће му доделити суд у сваком случају када интереси правде то захтевају, и без плаћања, ако нема довољно средстава да је плати.

давала осумњиченима још приликом њиховог првог испитивања, а који је Европски Парламент снажно подржао.“⁷⁶⁴

У погледу захтева не сме да се повреди право на приступ суду и право на бесплатно браниоца када интереси правде то захтевају, из члана 6 став 1 и став 3 (ц) Конвенције. Уочавају сеповредеако усмени захтев за доделу браниоца по службеној дужности није исправно унет на записник иако писани захтев није приложен спису.⁷⁶⁵ Захтев треба да буде јасан и потпун, да осим тврдњи окривљеног о испуњењу материјалних услова, садржи у прилогу и доказе о постојању релевантних чињеница. Ако је захтев непотпун, орган поступка треба да поступи у складу са одредбама о неуредним поднесцима.

Стручној одбраникоја се одобрава сиромашномокривљеном приписујесе супсидијерни карактер. *Иако не постоје разлози за обавезну одбрану*, поставиће се бранилац по захтеву окривљеног.⁷⁶⁶ Другачији избор у ранијем законодавству, у нашој старијој правној теорији описан је као „одбрана сиромашног у опште, дакле како у случајевима, када постоје услови обавезне одбране, тако и у случајевима, када тих услова нема.“⁷⁶⁷ Важећа формулација сужава поље примене института одбране сиромашног, али истовремено смањује могућност да суд цени неопходност одбране у појединачном случају. Обавезна одбрана има предност, јер окривљени у законом прописаним случајевима безусловно мора да има браниоца. Практично, суду се препушта дискрециона оцена само када је реч о првом основу за обавезну одбрану, „неспособност да се окривљени успешно брани“. У овом случају институти се суштински преприлићу. Предност законодавне технике је и у томе што се о постојању основа за обавезну одбрану води рачуна по службеној дужности и независно од имовног стања окривљеног.

У погледу претходног сношења трошкова, последице су исте. Трошкови падају на терет буџета. Ако је бранилац постављен на основу обавезне одбране, суд након окончања кривичног поступка осуђујућом пресудом цени да ли би се плаћањем његове награде и нужних издатака довело у питање издржавање окривљеног или лица које је он дужан да издржава (члан 266 ЗКП). Суд накнадно и искључиво има у виду имовно стање окривљеног утврђујући да ли постоји основ за ослобођење од трошкова поступка за браниоца по службеној дужности. Иако је реч о „сиромашком праву у ширем смислу“, непримењује се стручна одбрана сиромашног окривљеног, чији је смисао делотворна одбрана *током кривичног поступка*. Ослобођење од трошкова поступка, посебна је јавноправна погодност, чија је сврха искључиво економско – социјална заштита угрожених.

Искључиво надлежан за одлучивање о захтеву је суд (члан 77 став 2 ЗКП). Зависно од фазе кривичног поступка, функционално надлежни за одлучивање су судија за претходни поступак, председник већа или судија појединац. У контексту поверавања надлежности

⁷⁶⁴ В. Бајовић, „Процесне гаранције осумњичених и окривљених у кривичним поступцима на нивоу Европске Уније“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*, Прилози пројекту 2005 (ур. Јовица Труља), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, стр. 394.

⁷⁶⁵ *Prežec v. Croatia*, ЕСтНР, App. no. 48185/07, 15 January 2010, para 27

⁷⁶⁶ Ако се има у виду надлежност за одлучивање, прихватање супсидијаритета је практичније. Одсуство овог решења довело би до тога да јавни тужилац доставља велики број захтева судији за претходни поступак који о њима одлучује. С обзиром на то да судија за претходни поступак одлучује без одлагања о низу хитних питања којима се задире у слободу и права, свакако би се очекивало да предмету не да приоритетан значај (осим када је реч о притворском предмету). Усвојени захтев прослеђује се председнику суда, иако се поступак не налази у судској фази. Када је реч о обавезној одбрани, јавни тужилац поставља браниоца по службеној дужности.

⁷⁶⁷ М. П. Чубински, стр. 168.

судији за претходни поступак да одлучује о питањима којима се задира у основна људска права и слободе, решење је оправдано јер пружа додатне гаранције за делотворну одбрану.⁷⁶⁸ Две су основне дилеме у примени института: 1.) фаза поступка у којој се примењујестручна одбрана сиромашног окривљеног; 2.) трајање стручне одбране сиромашног окривљеног.

„Одбрана сиромашног“, сагласно формулацији у Законику, примењује се иако не постоје разлози за обавезну одбрану, у *кривичном поступку*⁷⁶⁹ који се *води* за кривично дело за које се може изрећи казна затвора преко три године или ако то налажу разлози правичности. Проблем генерише дефиниција покретања кривичног поступка (члан 7 ЗКП). Ако се примени, судија за претходни поступак не би могао да буде надлежан за одлучивање. Одређивање момента започињања кривичног поступка дозвољава примену института у фази предузимања доказних радњи јавног тужиоца пре подношења оптужног предлога. Нема основа за обавезну одбрану у случају да према осумњиченом још увек није одређен притвор, али институт не може да се примени, јер нијепокренут кривични поступак. Не би могао да сеприхвати ни став да би „судија за претходни поступак о захтеву одлучивао само приликом саслушања окривљеног у полицији (члан 289)⁷⁷⁰ или „од првог саслушања, пре доношења наредбе о спровођењу истраге,⁷⁷¹ осим ако се тумачи да се разлози правичности не везују искључиво за *вођење кривичног поступка*. Законска дефиниција потенцијално води неоправданом сужавању примене захтева правичности у несудским фазама поступка, у којима положај осумњиченог може да буде нарочито осетљив, посебно акому „прети“ одређивање притвора.

Ситуација која тражи додатне гаранције за одбрану је полицијско хапшење осумњиченог и спровођење јавном тужиоцу ради саслушања због кривичног дела које не захтева обавезну одбрану.⁷⁷² Након саслушања, по предлогу јавног тужиоца може да се одреди притвор осумњиченом, а често се при образлагању постојања услова за одређивање притвора (основана сумња и разлози за притвор) управо користи исказ осумњиченог. Додатну тешкоћу генерише члан 74 став 1 тачка 3 ЗКП прописујући да ако је притвор основ за обавезну одбрану, осумњичени мора да има браниоца од лишења слободе. У конкретном случају, чињеница лишења слободе наступа пре основа за обавезну одбрану, а полицијском хапшењу се прибегава, ако постоји разлог за одређивање притвора. Овај процесни положај осумњиченог квалификује се као посебно осетљив ако осумњичени не ангажује браниоца. У стручној литератури примењује се да ако је особа ухапшена, има право да јој судија или

⁷⁶⁸ У законодавству Црне Горе и Хрватске у несудским фазама поступка о постављењу браниоца у интересу правичности одлучује „државни тужилац“/„државни одвјетник“, али је у поступку по жалби на решење надлежан судија за истрагу/„судац истраге“. Вид.: члан 70 став 2 и члан 414 став 3 Законика о кривичном поступку Црне Горе и члан 72 став 4 Закона о казненом поступку Хрватске.

⁷⁶⁹ Немачко право одређује да се бранилац због немогућности да се окривљени брани сам, може именовати и у претходном поступку, а то управо може да затражи јавни тужилац уколико сматра да је у судском поступку потребно учешће браниоца. Осим тога, суд ће за судско саслушање поставити браниоца и ако је учешће браниоца неопходно због „важности саслушања ради заштите права оптуженог“. Вид.: §141 (3) StPO.

⁷⁷⁰ Г. П. Илић *et al.*, стр. 300.

⁷⁷¹ М. Грубач, Т. Васиљевић (2014), стр. 77.

⁷⁷² Интересантно решење руковођено и интересима правичности, невезано за сиромашко право и шире постављено од обавезне одбране проналазимо у параграфу 61 Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године. „И пре отварања истраге, бранилац се могао поставити окривљеном било за све време, било само за извештај део поступка, ако се нађе да *нарочита потреба изискује*“. Вид.: М. П. Чубински, стр. 170.

судски органи доделе адвоката када је то у интересу правде.⁷⁷³ Став је у сагласности са праксом ЕСЉП о заштити права на одбрану пре првог саслушања осумњиченог и неоправданом одбијању приступа адвокату ако приступ може да утиче штетно на правичност саслушања, без обзира на реализацију штетног утицаја, као и са остваривањем функције браниоца у вези ограничења слободе.⁷⁷⁴

Законик одређује постављеном браниоцу својство браниоца по службеној дужности, али не садржи изричиту одредбу о трајању својства.⁷⁷⁵ С обзиром на други материјални услов за одбрану сиромашног и да је циљ обавезне одбране и стручне одбране сиромашног окривљеног у кривичном поступку делотворна одбрана и задовољење захтева правичности, оправдана је примена истог решења за стручну одбрану сиромашног окривљеног и први и други основ обавезне одбране (неспособност успешне одбране и прописана казна). У пракси ЕСЉП, начело једнакости „оружја“ повезује се са постављењем браниоца у интересу правичности у поступку по правном леку. Повреда члана 6 став 1 и 3 (ц) Конвенције утврђује се у случају када касациони суд одбија захтев да се постави бранилац. Суду оквиру испуњености захтева интереса правде цени околност да су нижи судови подносиоца представке огласили кривим и осудили га на две године и девет месеци затвора, да је касациони поступак сложен, те да би квалификовани адвокат био у стању да разјасни разлоге које је подносилац представке изнео управном леку и да се ефикасно супротстави јавном тужиоцу на расправи.⁷⁷⁶ Суд утврђује повреду када национално законодавство не предвиђа додељивање правне помоћи у вези са жалбом по правним питањима.⁷⁷⁷

Решење о усвајању захтева окривљеног за постављење браниоца доставља се председнику суда пред којим се води *поступак*. Председник суда решењем поставља браниоца по службеној дужности. Не предвиђа седодатна погодност окривљеног да претходно изабере браниоца који ће му се поставити.⁷⁷⁸ Бранилац се поставља *редоследу* списка адвоката адвокатске коморе. Према пракси Европске комисије за људска права, члан 6 став 3 (ц) Конвенције „не гарантује окривљеном право да бира браниоца по службеној дужности нити да га суд консултује о томе.“⁷⁷⁹ Међутим, Европски суд за људска права заузима у извесној мери другачији став у случају *Croissant v. Germany*, 13611/88, пресуда од 25. септембра 1992. године. Судови када постављају браниоца окривљеном, „морају свакако да узму у обзир жеље окривљеног“, али исто тако „могу надјачати те жеље ако постоје релевантни и довољни разлози у конкретном случају за закључак да је то неопходно у интересу правде.“⁷⁸⁰ Македонско законодавство предвиђа могућност да окривљени у захтеву за постављење браниоца по основу сиромашног права предложи адвоката са адвокатске листе (члан 75 став 1 ЗКПСМ). У поступку постављења браниоца, немачко право најпре пружа могућност окривљеном да у одређеном временском року изабере браниоца по својој жељи, кога ће одредити председник већа, ако не постоје важне препреке (§ 142 (1)

⁷⁷³ Д. Милојевић, стр. 21.

⁷⁷⁴ Вид.: *Salduz v. Turkey*, ECtHR, App. no. 36391/02, 27 November 2008

⁷⁷⁵ Закон о казненем поступку Хрватске, у члану 72 став 1, предвиђа трајање својства браниоца по службеној дужности до правноснажног окончања кривичног поступка.

⁷⁷⁶ *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria* (No. 3), ECtHR, App. no. 21124/04, 16 October 2012, final on 16/1/2013, para 52

⁷⁷⁷ *Twalib v. Greece*, 42/1997/826/1032, ECtHR, 9 June 1998, para 55 – 57

⁷⁷⁸ Закони о кривичном поступку Босне и Херцеговине прописују да се бранилац поставља, након што је осумњиченом односно оптуженом пружена прилика да са предочене листе изабере браниоца. Вид.: члан 46 став 2 ЗКР БиХ, члан 60 став 2 ФБиХ, члан 46 став 3 ЗКР БД БиХ, члан 54 став 2 ЗКР РС.

⁷⁷⁹ *X v. Federal Republic of Germany*, ECtHR, App. 6946/75, 6 July 1976, para 114; 116 – 117

⁷⁸⁰ para 29

StPO). Опција да се именује један или више бранилаца за одбрану оптуженог по немачком закону, искључиво је у светлу захтева интереса правде. По мишљењу Суда, није неспојиво са чланом 6 Конвенције ни да је окривљени који је оглашен кривим дужан да плати хонораре, а на окривљеном је терет доказивања недостатка средстава које треба да сноси.⁷⁸¹

Интервенцијенашег законодавца у смеру претходног избора браниоца и броја постављених бранилаца по службеној дужности не би имале већи практичан значај. Реткоправно неуки окривљени траже да им се постави одређени бранилац по службеној дужности, те и „додатни“ бранилац. Највећи број окривљених су лица на „друштвеној маргини“ и немају или врло ретко имају додира са правничком струком (осим када им је раније, у другим поступцима постављен бранилац по службеној дужности) да би могли да „траже избор“ или „направе избор“. Имућни окривљени се не користе обавезном одбраном и сиромашким правом, већ ангажују браниоце. Само по себи, увођење правила о претходном избору браниоца нарушава равномерну расподелу одбрана по службеној дужности, што би могло да има негативне импликације на развој адвокатуре. Важнији аргумент против законских измена је неусклађеност стразбуршке праксе по овом питању иначелна слобода која се оставља државама у избору средстава, њиховог опсега и квалитета, у складу са друштвеном реалношћу и правном традицијом. Када је реч о начелу једнакости „оружја“, од суштинског значаја за његово остваривање је свеобухватност заштитних гаранција и мера у равнотежења процесног положаја странака (позитивних мера државе) примењених током целокупног поступка.

4.4. Разрешење браниоца

Разрешење браниоца процесна је мера која се предузима изузетно и уз нарочиту пажњу, због потенцијалне штете измене адвоката по одбрану окривљеног и каријеру адвоката. Начелно, понашање одбране је „у суштини ствар између окривљеног и његовог браниоца, без обзира да ли је бранилац постављен у поступку ради пружања правне помоћи или се ради о приватно финансираном браниоцу, што је сагласно са независношћу правне професије.“⁷⁸²

Европска Комисија за људска права издваја главна начелна проблема и могуће штетне последице разрешења: застрашивање потенцијалних бранилаца, дискредитовање одбране уопште, штетност сукцесије бранилаца по изношење одбране и њен утицај на увођење веће неизвесности у улогу адвоката као "чуvara процесне регуларности".⁷⁸³ Разрешење браниоца примењује се на постављеног браниоца и на приватно изабраног браниоца. Право на слободан избор браниоца трпи ограничења правом државе да регулише појављивање бранилаца пред судом и обавезом бранилаца да не крше одређена начела професионалне етике.⁷⁸⁴

Основи разрешења браниоца регулисани су чланом 80 ЗКП. Обухватају немогућност браниоца да пружа одбрану у поступку (разлози за изузеће), разлоге у погледу односа

⁷⁸¹ *Croissant v. Germany*, ECtHR, App. no. 13611/88, 25 September 1992, para 34 – 38

⁷⁸² *Pavlenko v. Russia*, ECtHR, App. no. 42371/02, 1 April 2010, final on 4/10/2010, para 99; *Czekalla v. Portugal*, ECtHR, App. no. 38830/97, 10 October 2002, final on 10/1/2003, para 60

⁷⁸³ *G. Ensslin, A. Baader & J. Raspe v/the Federal Republic of Germany*, EComHR, App. N° 7572/76, 7586/76 et 7587/76, 8 July 1978, 64, 114.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

окривљеног и браниоца, разлоге који обезбеђују несметано вођење поступка, без одуговлачења (одржавање процесног реда, забрана злоупотребе права) и вођење кривичног поступка против браниоца због опструкције односног поступка.

Изабрани и постављени бранилац по службеној дужности биће разрешени (*заједнички основи разрешења*) ако: 1) постоји разлог за изузеће из члана 73 став 3 ЗКП (стицај процесних функција, законом прописан сроднички однос, ванбрачна и трајна заједница живота са процесним субјектима, раније поступање у истом предмету); 2) примена блажих мера (опомена, новчано кажњавање) није спречила браниоце да нарушавају ред; 3) буде покренут кривични поступак против бранилаца због основане сумње да су у вези са истим предметом извршили кривично дело спречавање и ометање доказивања или бекство и омогућавање бекства лица лишеног слободе.

Изабрани бранилац биће разрешен (*посебни основи*): 1.) ако се пуномоћје поново да након опозива или отказа, очигледно у циљу због злоупотребе права; 2.) ако је заједнички бранилац могућа препрека слободи садржине одбране – окривљени и бранилац нису извршили у складу са законом избор у случају оцене да је заједничка одбрана штетна по интересе одбране (члан 78 став 2 ЗКП), те када окривљени има више од пет бранилаца, а не определи се које ће браниоце да задржи (члан 78 став 4 ЗКП). Посебни основи за разрешење постављеног браниоца су: 1) ангажовање другог браниоца од стране окривљеног и лица којима је дозвољено да овласте браниоца; 2) неизвршавање дужности пружања помоћи у одбрани стручно, савесно и благовремено; 3) промена имовинског стања окривљеног у мери да престану разлози за одбрану сиромашног.

Окривљеном се пружа прилика да „организује одбрану на адекватан начин, те мусе не сме ускратити право да га у кривичном поступку брани управо онај адвокат кога изабере, јер у њега има највише поверења.“⁷⁸⁵ Ако окривљени овласти браниоца, суд је дужан одмах да разреши постављеног браниоца. Разрешењем, у складу са одредбом члана 79 став 1 тачка 2 ЗКП – а, постављеном браниоцу престају права и дужности. Законодавац у овом случају није предвидео једноставнији поступак разрешења и није искључио право на изјављивање жалбе против решења о разрешењу. *Ratio legis* који се може правдати је спречавање окривљеног да се определи за лице за које постоје разлози за разрешење изабраног браниоца. Примећујемо да формулација одредбе члана 81 став 2 ЗКП о прилагању окривљеног и браниоца доказа о тврдњама и изјашњењима, указује да је прописана процедура разрешења прилагођена првенствено случају неиспуњења процесних дужности браниоца.

Интервенисање суда у однос адвокат – клијент оправдан је ако постоји пропуст адвоката који је „очигледан“ или „довољан да привуче пажњу на неки други начин.“⁷⁸⁶ Примери очигледних недостатака из стразбуршке праксесу састављање жалбе браниоца (због правних питања) која не задовољава једноставне и чисто формалне услове да би се по њој могло поступати у случају да је окривљени странац осуђен на казну затвора,⁷⁸⁷ неостваривање комуникације браниоца са окривљеним, мало времена за припрему одбране на дан саслушања што може да доведе до озбиљне осуде,⁷⁸⁸ одсуство браниоца са

⁷⁸⁵ Одлука Уставног суда РС Уж–5735/2011 од 17. јула 2014. године, 5.,

доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 22. августа 2019.

⁷⁸⁶ *Pavlenko v. Russia*, ECtHR, App. no. 42371/02, 1 April 2010, final on 4/10/2010, para 99; *Czekalla v. Portugal*, ECtHR, App. no. 38830/97, 10 October 2002, final on 10/1/2003, para 60, 62

⁷⁸⁷ *Czekalla v. Portugal*, ECtHR, App. no. 38830/97, 10 October 2002, final on 10/1/2003, para 62, 65, 68.

⁷⁸⁸ *Daud v. Portugal*, ECtHR, 11/1997/795/997, 21 April 1998, para 42; *Bogumil c. Portugal*, Requête no 35228/03, 7/10/ 2008, définitif 6/4/2009, para 47, 48, 49

већег броја расправа и на кључним фазама поновног суђења.⁷⁸⁹ Уставни суд налази да „није нарушено поверење између адвоката и клијента и да је у потпуности остварено право на одбрану“ ако произилази да је обављен поверљив разговор браниоца са окривљеним пре првог саслушања, присутност и активно учествовање браниоца у доказном поступку, изјављивање жалбе, одсуство незадовољства и примедби у погледу личности и стручности браниоца.⁷⁹⁰

Примери професионалне пасивности адвоката противни стварној и делотворној одбрани издвојени у литератури су непредлагање доказа у интересу окривљеног, непостављање питања и нетражење разјашњења, што, када је реч о очигледним пропустима, повлачи дужност суда да упозори окривљеног и предложи му да изабере другог браниоца.⁷⁹¹

У појединим случајевима ЕСЈП, након оцене релевантних недостатака у одбрани, даљом анализом околности случаја налази да држава није предузела све позитивне мере ради обезбеђења делотворне одбране односно отклањања недостатака у одбрани. Активне мере суда државе су пре свега да по пријави окривљеног истражи начин на који бранилац испуњава своју дужност, те да одложи суђење по властитој иницијативи у случајевима када је морао да зна да окривљеном претходни бранилац није до замене бранилаца пружао одговарајућу правну помоћ.⁷⁹²

О разрешењу браниоца одлучује суд (судија за претходни поступак, председник већа, веће или судија појединац), на предлог јавног тужиоца или по службеној дужности. Јавни тужилац, непристрасан орган поступка у истрази и државни орган, дужан је да штити основна права окривљеног у кривичном поступку, те да поднесе предлог када запази очигледне мане у пружању одбране или прими информацију која доводи у сумњу ефикасност одбране (нпр. изјаве окривљеног писане или усмене дате на записник, да га бранилац не посећује у притвору, не обавља поверљив разговор, не изјављује жалбе нити предузима друге процесне радње у корист одбране).⁷⁹³

Надлежност суда за одлучивање основна је заштитна гаранција остваривања права на правично суђење у целини. Одлучивање суда по властитој иницијативи једна је од позитивних законских мера ради обезбеђења начела једнакости „оружја“. Судија за претходни поступак посредно или непосредно стиче сазнања о понашању браниоца по службеној дужности током поступка. Иако није регулисано, замисливо је и није противно

⁷⁸⁹ *Güveç v. Turkey*, ECtHR, App. no. 70337/01, 20 January 2009, final on 20/4/2009, para 129

⁷⁹⁰ Одлука Уставног суда РС Уж–5735/2011 од 17. јула 2014. године, 5.

⁷⁹¹ Š. Pavlović, стр. 18.

⁷⁹² *Daud v. Portugal*, ECtHR, 11/1997/795/997, 21 April 1998, para 42

⁷⁹³ Проблем у вези са овом дужношћу јавног тужиоца логичке је природе – очекивање непристрасности од јавног тужиоца који је поставио браниоца по основу обавезне одбране. Последње две године посебно се обраћа пажња на гаранције да постављање браниоца по службеној дужности прати редослед са списка адвокатске коморе у циљу превенције корупције и правичног система постављања (примена „софтверске апликације која обезбеђује техничке претпоставке да судови, тужилаштва и полиција при одређивању бранилаца по службеној дужности позивају исти телефон кол оператера у организацији адвокатске коморе“, почев од фебруара 2019. године на нивоу Адвокатске коморе Србије). О томе вид.: Адвокатска комора Београда, Кол центар за постављање бранилаца по службеној дужности, доступно на <https://akb.org.rs/vesti/kol-centar-za-postavljanje-branilaca-po-sluzbenoj-duznosti/>, приступљено 26. августа 2019. године.

Систем се нормативно прихвата у Судском пословнику путем начина реализације обавезе председника суда да одлучује о постављању браниоца по службеној дужности. Пре доношења решења о постављању, „прибавља обавештење од службе адвокатске коморе о томе који адвокат по редоследу са списка адвоката треба да буде постављен“ (члан 8а СП).

Законику да окривљени поднесе судији за претходни поступак иницијативу за разрешење браниоца, јер је изостао предлог заменика јавног тужиоца. Током саслушања окривљеног о разлозима за притвор инакон доношења решења о одређивању притвора или казивања рочишта за одлучивање о страначким споразумима, судија за претходни поступак предузима радње у поступку, те има непосредни увид у радње одбране односно у њихово пропуштање.

Разрешењу претходи сложена процедура уређена чланом 81 став 2 ЗКП. У неким случајевима у пракси се не примењује, већ се без одлагања одлучује решењем о разрешењу (након што окривљени пуномоћјем овласти браниоца).⁷⁹⁴ Законик је уредио један вид контрадикторне процедуре о разрешењу, „суочење“ окривљеног и браниоца у погледу разлога за разрешење. Окривљени и бранилац позивају се ради изјашњења о разлозима разрешења у року од 24 часа и прилагања доказа о тврдњама. Претходне провере потребне су пре свега у циљу утврђивања да ли постоји повреда процесних дужности браниоца по службеној дужности из члана 72 став 1 тачка 2 ЗКП, јер разрешење претипоследицама како на одбрану окривљеног и кривични поступак, тако и на бранилачку професију и каријеру. Стручност, савесност и благовременост у поступању цене се у смислу да ли је доказано постојање околности које указују да је бранилац повредио своје процесне дужности. Повреде се разматрају по објективним критеријумима.⁷⁹⁵ У поступку се цене наводи окривљеног, изјашњење браниоца и постојање доказа о тврдњама.

Право на изјављивање жалбе искључено је једино у случају када се бранилац разрешава из неког разлога за изузеће браниоца из члана 73 став 3 ЗКП. Пре свега у случају да се бранилац разрешава због тога што је окривљени ангажовао другог браниоца односно због престанка основа обавезне одбране, дозвољеност жалбе у пракси отвара дилеме о предузетим процесним радњама браниоца по службеној дужности након доношења решења о разрешењу.⁷⁹⁶

Бранилац по службеној дужности има право да тражи да буде разрешен, али само из оправданих разлога (члан 76 став 4 ЗКП). Оправдани разлози су објективне околности, најчешће лоше здравствено стање због кога бранилац није у могућности да окривљеном пружи правну помоћ у одбрани на начин одређен чланом 72 став 1 тачка 2 ЗКП.⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ Ако се формулација у одредби члана 80 став 2 тачка 1 ЗКП, „бранилац по службеној дужности ће бити разрешен“ доведе у везу са одредбама чл. 75 и 76 став 1 ЗКП, као и трајањем обавезне одбране прописаним чланом 74 ЗКП, закључује се да по закону престаје својство браниоца по службеној дужности. Наведено указује на формалну и суштинску неусаглашеност случајева престанка обавезне одбране са одредбама из члана 81 ЗКП.

⁷⁹⁵ Суд утврђује да ли је окривљени приложио доказе за своје тврдње, а „сама оцена правно неугог лица у погледу стручног знања, односно познавање правне науке и струке лица које је адвокат, није од утицаја на доношење одлуке.“ Из решења Првог основног суда у Београду СПК бр. 51/14 – 1. Кв бр. 1188/14 од 12.06.2014. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

⁷⁹⁶ Поставља се питање права на трошкове кривичног поступка браниоца по службеној дужности након доношења решења, а пре правноснажности (молбе за копирање списка, увид у списе предмета, састав трошковника). Примећујемо да део судске праксе дозвољавајући право на изјављивање жалбе поступа *contra legem*, тумачећи да браниоцу по службеној дужности престаје својство по сили закона када окривљени ангажује другог браниоца по свом избору, а да је одлука о разрешењу само декларативне природе. Ипак, приликом одлучивања треба применити одредбу члана 81 став 3 ЗКП да жалба против решења не задржава извршење решења.

⁷⁹⁷ Решење Првог основног суда у Београду К 23496/10 од 16.6.2015. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду

5. Разлози за притвор и начело једнакости „оружја“

Разлоге за притвор можемо да доведемо у везу са начелом једнакости „оружја“ из више углова посматрања и на више начина: узимање у обзир околности које се односе на окривљеног приликом одлучивања о постојању разлога за притвор, непристрасно поступање суда и непрејудицирање кривице окривљеног, оправданости појединих разлога за притвор у контексту прихватања адверзијалних елемената и адверзијалне конструкције кривичног поступка/главног претреса, свестраног расправљања разлога за притвор, омогућавања да се чују аргументи одбране у погледу притвора (омогућавање у сваком моменту делотворног оспоравања основане сумње⁷⁹⁸ у погледу извршења кривичног дела које се окривљеном ставља на терет и разлога за притвор), утврђивања чињеница у корист окривљеног са једнаком пажњом, јасним и детаљним образложењем разлога за притвор у решењима о одређивању/продужењу притвора. Посебна пажња треба да се обрати на оцену и образлагање даљег егзистирања разлога за притвор, односно проверу оправданости даљег трајања притвора, што треба да заузме истакнуто место у судским одлукама, имајући у виду законски захтев трајања притвора најкраће могуће време (члан 210 став 2 ЗКП) и стандард „разумног трајања притвора“.⁷⁹⁹

Законик прихвата елементе страначког типа поступка, без суштинских измена у погледу поступка одређивања притвора. Окривљеном се не прописује засебно право да судији за претходни поступак предлаже извођење доказа у своју корист у погледу законитости лишења слободе, нити се тужилачки докази у погледу основаности притвора и разлога за притвор изводе пред судом, већ искључиво у јавнотужилачкој истрази. Насупрот томе, окривљеном је пред судијом за претходни поступак фактички омогућено само да побија садржај доказа и података фиксираних на одређени начин у записницима, исправама и другим материјалима из предистражног поступка и истраге, што је битно другачија концепција у односу на контрадикторна прелиминарна рочишта у адверзијалном типу поступка. Окривљеном су прописана права учешћа у формалној јавнотужилачкој истрази, типична за континентално – европски тип поступка, која се под одређеним условима могу ускратити/ограничити, што отвара питања у погледу прецизности законских решења, легитимног разлога за ограничења и делотворности одбране уопште, а нарочито у односу на лишење слободе које захтева рестриктивније тумачење ограничења када се преиспитују услови за притвор.

У нашој судској пракси прихвата се, полазећи од поштрених услова и разлога за одређивање притвора у односу на друге мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка, да специфична лична својства окривљеног (карактеристике личности, морална схватања), лични и породични живот окривљеног (нпр. окривљени има породицу у иностранству, међународне контакте, пријављен на једној адреси, а непријављено борави на другој, место и услови у којима окривљени живи, запослење, место рада, незапосленост окривљеног), статус окривљеног (страни држављанин), стања окривљеног (окривљени коме је дијагностикована душевна болест, заостао душевни развој, токсикоманска зависност) и имовина окривљеног (да ли окривљени има имовину на своје име и место где му се имовина налази), чак и ранија осуђиваност⁸⁰⁰ не могу саме по себи да

⁷⁹⁸ *A. and others v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 3455/05, Grand Chamber, 19 February 2009, para 204

⁷⁹⁹ Ц. Мекбрајд, стр. 97.

⁸⁰⁰ Осим саме по себи околности раније осуђиваности, а у вези са истом, цени се у судској пракси број ранијих осуда, да ли је протекао кратак временски период од последње осуде/издржане казне до времена извршења кривичног дела које се окривљеном ставља на терет, природа кривичних дела из ранијих осуда, истоврсност кривичних дела из ранијих осуда у односу на кривично дело за које постоји основана сумња

указују на постојање разлога за одређивање притвора, али да могу да представљају околности се које по свом интензитету, у оквирима и међусобној зависности са другим постојећим околностима узимају у обзир када се доноси одлука о притвору, те у овом светлу немају дискриминаторски карактер.

Опасност од бекства (члан 211 став 1 тачка 1 ЗКП) типичан је разлог за одређивање притвора који се према законским условима одређује издвајањем више облика: скривање окривљеног, немогућност утврђивања истоветности окривљеног, очигледно избегавање главног претреса и друге околности које указују на опасност од бекства. У погледу скривања окривљеног, у судској пракси посебно се наглашава да суд мора сагласно *ultima ratio* карактеру мере (нужна и неопходна мера) притвора за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка да цени да ли се у конкретном случају иста сврха може постићи одређивањем неке друге блаже мере према правилима ЗКП – а, те да ли су окривљени и бранилац истицали околности које би оправдавале замену притвора неком блажом мером и да ли су доставили доказе у прилог својих тврдњи.⁸⁰¹ Национални судови у вези са утврђивањем опасности од бекства треба да саслушају околности на које се позива одбрана, а које искључују опасност од бекства или смањују интензитет опасности од бекства (нпр. личне и породичне прилике, понашање окривљеног, имовинске прилике, здравствено стање) и да омогуће расправу о истима, примењујући неселективан и критички приступ аргументима странака. У случају одређивања притвора из разлога опасности од бекства, нарочито је потребно да се има у виду приликом одлучивања о продужењу притвора да се опасност по свом интензитету смањује протеклом времена, због чега је неопходно дати детаљне разлоге у одлуци који указују на значај утврђених околности и да и даље постоји конкретна опасност од бекства. У случају утврђивања да ли оптужени очигледно избегава главни претрес, битно је, што се захтева у судској пракси, претходно утврђивање да ли су му раније дате поуке и упозорења у погледу процесне дужности одазивања позивима органа поступка и претходна оцена достављених оправдања одбране, њиховог броја, учесталости, садржине и форме, те да ли су дата евентуално у циљу злоупотребе права на одбрану⁸⁰².

*Опасност од доказне опструкције*⁸⁰³ (члан 211 став 1 тачка 2 ЗКП) дефинише се у два вида: 1) опасност од недозвољеног утицаја на материјалне доказе – постојање околности које указују да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове окривичног дела; 2. опасност у односу на личне изворе доказа – постојање особитих околности које указују на то да ће окривљени боравком на слободи ометати поступак утицајем на сведоке, саучеснике или прикриваче (*колузиона опасност*). Оба случаја захтевају установљење постојања конкретне опасности од доказне опструкције. На конкретну опасност од фабриковања доказа и утицаја на потенцијалне сведоке нарочито може да утиче радно место и положај/функција окривљеног који му омогућавају злоупотребе у случају да се нађе на слободи (нпр. окривљени је директор у предузећу, лице на службеном положају), иако саме по себи без додатних околности које све заједно имају карактер особитих околности не могу бити довољне за одређивање притвора. Често се у судској пракси утврђује постојање колузионе опасности и то у фази истраге. Утицај на ова лица може обухватати наговарање, потплаћивање, претњу, уцену, застрашивање или предузимање других радњи које за циљ

да је окривљени извршио, због које се води актуелни кривични поступак, околност да је окривљени основано сумњив да је извршио ово кривично дело у року провере по ранијој условној осуди и друге околности које се односе на окривљеног, оштећеног, раније ситуације, квалитет и интензитет околности које се односе на кривично дело које је предмет кривичног поступка.

⁸⁰¹ Решење Вишег суда у Београду Кж2 623/15 од 25. јуна 2015. године

⁸⁰² Решење Првог основног суда у Београду К број 19565/10 – 1. Кв. 1692/15 од 8. октобра 2015. године.

⁸⁰³ Обухвата се разлогом „ризници који утичу на вођење кривичног поступка“. Џ. Мекбрајд, стр. 65.

имају вршење притиска у циљу „опструкције сведочења или промене исказа“.⁸⁰⁴ Остварује се „било директно, тј. непосредно, деловањем самог окривљеног, било посредством других лица“.⁸⁰⁵ Притвор по овом законском основу може да траје максимално док се не обезбеди доказ (исказ) због којег је притвор одређен (члан 211 став 2 ЗКП).

У правној теорији се налази да је овакав разлог за притвор „сада донекле супротан адверзијалној конструкцији кривичног поступка, јер од окривљеног се, самим тим што би примарно морао сам да изводи „своје доказе“, очекује и одговарајућа припрема сведока, а ако би он то покушао да учини, самим тим ризикује да му се одреди притвор“.⁸⁰⁶ Законски разлог за одређивање притвора свакако не искључује утицај окривљеног на сведоке одбране, а с друге стране појединим законским решењима као што је регулисање прикупљања доказа и материјала у корист одбране током истраге и основно испитивање сведока одбране у нормативном амбијенту ограничене доказне активности суда чак и када су у питању докази у корист одбране, „инспирише“ и пружа управо могућност утицаја окривљеног на сведоке иако је граница овог утицаја несумњиво у домену материјалног кривичног права. Дакле, основна нелогичност је прописивање права и могућности окривљеном чијом реализацијом и намером да их користи, окривљени ствара ризик да јавни тужилац према њему предложи одређивање притвора по овом законском основу, уколико јавни тужилац не прихвати доказни предлог одбране у истрази да испита сведока. Такође, уколико се окривљени не определи да користи права и могућности из истраге, преостаје му да на припремном рочишту или главном претресу предложи сведока у своју корист, чиме се начелно опет излаже опасности да се према њему одреди притвор, имајући у виду да се трајање колузионе опасности нормативно не везује за претходни поступак. Суздржавање окривљеног да користи своја права утврђена законским правилима због претњи по његов положај у кривичном поступку, противно је остваривању начела једнакости „оружја“, јер се тиме фактички отежава положај окривљеног.

Из аспекта поштовања елемената права на одбрану, важан став заузет и прихваћен у судској пракси је да чињеница да окривљени не признаје да је извршио кривично дело које му се ставља на терет и брани се ћутањем не представља особиту околност која указује да ће окривљени ометати поступак утицајем на сведоке и саучеснике.⁸⁰⁷ Ипак, ова околност узима се у обзир у вези и у контекст других околности које се односе на окривљеног и сведоке, њихове раније међусобне односе, раније ситуације за које је утврђено или постоји основана сумња да су се догодиле и фактичке могућности утицаја на ова лица, понашање окривљеног пре лишења слободе. Ако окривљени износи одбрану током истраге, неретко се околности издвајају из садржине његове изјаве које одражавају намеру да утиче на доказе или указују на специфичан, „осетљив“ однос окривљеног и сведока, због чега је важно да се приликом саслушања поштују сва гарантована и уређена права на одбрану.

Потенцијални је проблем по остваривање начела једнакости „оружја“, у условима честог одређивања притвора по овом законском основу, најчешће у истрази, и законског ограничења трајања притвора у случају колузионе опасности до обезбеђивања

⁸⁰⁴ И. Миљуш, Б. Станковић, „Притвор – примена у судској пракси“, *Годишњак факултета безбедности* (ур. Божидар Бановић), Универзитет у Београду – Факултет безбедности, Београд 2015, стр. 378.

⁸⁰⁵ М. Шкулић, „Притвор као мера обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку (кривичнопроцесно законодавство Србије – норма и пракса)“, *Притвор и друге мере обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку (међународни правни стандарди, регионална законодавства и примена)* (ур. С. Бејатовић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2019, стр. 47, 50.

⁸⁰⁶ М. Шкулић (2020 а), стр. 24.

⁸⁰⁷ И. Миљуш, Б. Станковић (2015), стр. 379.

доказа, прибављање исказа у амбијенту јавно тужилачке истраге, утицај јавног тужиоца на трајање притвора, те и на посебан положај окривљеног организацијом, динамиком истраге и савладавањем тешкоћа прибављања исказа.

Јавни тужилац начелно је дужан да предузме све доступне, нужне и неопходне мере тако да трајање притвора сведе на најкраће могуће време, али тактика спровођења истраге искључиво је одлука јавног тужиоца. Јавни тужилац води истрагу, па је и овлашћен да самостално одређује када ће спровести доказну радњу и које мере ће предузети да се обезбеди присуство сведока (доношење наредбе за принудно довођење сведока, захтевање да суд новчано казни сведока), да ли ће сведоку одредити статус посебно осетљивог сведока и испитати га применом посебног начина испитивања или на месту које нису службене просторије тужилаштва (чиме ће убрзати предузимање доказне радње), самостално или поверити предузимање доказне радње јавном тужиоцу који поступа пред судом на чијем подручју треба да се предузме доказна радња⁸⁰⁸. Додатни проблем настаје ако постоји опасност да сведок неће моћи да се испита на главном претресу, јер је законом предвиђена могућност да се врши упознавање са садржином записника о исказу сведока из истраге (члан 406 став 1 тачка 1 и 4 ЗКП). У овом случају, иако је јавни тужилац законито предузео доказну радњу, исказ који у случају колузионе опасности може да буде „посебно осетљив“ није обезбедио суд односно суд није непосредно стекао увид у исказивање сведока, нити се законом предвиђа додатна гаранција правичног поступања, обавезно снимање предузимања ове доказне радње (што је нарочито оправдано ако је реч о посебно осетљивом сведоку), али суд има законско овлашћење на заснује пресуду на овом доказу оптужбе.

Иако се у правној теорији наглашава да се од јавног тужиоца у истрази очекује да поступа као државни орган, те у складу са дужношћу непристрасности и једнако обраћа пажњу на доказе против окривљеног и оне које му иду у прилог, уједно се запажа да „није сасвим логично“ из аспекта логике у погледу начела правичности и „елементарне процесне логике“ да доказ обезбеђује субјект који је „ипак и странка у кривичном поступку, те свакако има има одговарајући страначки интерес, па и изван „психолошки однос“ према предмету кривичног поступка у смислу извесне „жеље“ да постигне процесни успех“, али да је то неспорно тако јер суд нема могућност да се „уопште суштински доказно ангажује у истрази“.⁸⁰⁹

С обзиром на условљеност трајања притвора процесним радњама и мерама јавног тужиоца, иако законодавац посебно не захтева када је реч о редовном кривичном поступку, у циљу спречавања манипулација положајем окривљеног, предлог за продужење притвора треба да садржи разлоге због којих докази још увек нису обезбеђени, све што је предузето да би се остварила ова сврха, и довело до трајања притвора најкраће могуће време, време и учесталост предузимања радњи и мера, због чега евентуално није предузета нека радња или мера, како би суд стекао уверење да је јавни тужилац поступао темељно, правично и ревносно, те предузео све доступне и могуће процесне инструменте у конкретном предмету. Суд је, сагласно дужности из члана 210 став 2 ЗКП, дужан да при одлучивању о даљем

⁸⁰⁸ Тако на пример ако се ради о лицу које је тешко/теже болесно, јавни тужилац може да се определи по службеној дужности да му додели статус посебно осетљивог сведока, али и по предлогу одбране (члан 103 став 1 ЗКП). Наиме, по закону није искључено да одбрана у циљу краћег трајања притвора предложи да се сведоку, којег јавни тужилац намерава да испита, додели статус посебно осетљивог сведока и да се сведок испита у свом стану или другој просторији (нпр. болници, у случају да је сведок задобио тешке телесне повреде и да се окривљеном ставља на терет да је основано сумњив да је тешко телесно повредио сведока), да се сведок испита применом техничких средстава за пренос слике или звука применом члана 104 ст. 2 и 3 ЗКП.

⁸⁰⁹ М. Шкулић (2019 с), стр. 51.

трајању притвора доношењем одлуке у погледу продужења притвора и по контроли решења о продужењу притвора по жалби разматра све наведене околности и анализира њихово постојање/изостанак као и све примедбе одбране у погледу поступања јавног тужиоца током трајања притвора и непредузимања мера било самоиницијативно или по предлогу одбране да се прибављање доказа убрза.

Законодавац формално не ограничава могућност оцене постојања/непостојања колузионе опасности на главном претресу и трајања колузионе опасности, те то начелно није ни искључено, али је тешко замисливо и оправдано посебно имајући у виду да се током истраге прикупљају докази који указују на оправдану сумњу да је окривљени извршио кривично дело. Европски суд за људска права налази да „иако реална опасност да ће на сведоке да буде вршен утицај можда и постоји у почетку, сматра да се смањивала и заиста нестала током времена“, ⁸¹⁰ као и да иако се околностима у вези с ризиком утицаја на сведоке на почетку истраге оправдавао притвор, ове околности су „нужно постепено губиле на значају“ како је неколико сведока саслушано и истрага настављена ⁸¹¹.

У правној теорији издвајају се две начелно формално могуће основне процесне ситуације, прва у вези предлога јавног тужиоца да се одређени сведок испита на главном претресу чиме се утиче „драстично“ на положај окривљеног на главном претресу, када суд „по правилу не би требало да резонује на такав начин, јер би се тиме „отворила врата“ и могућим злоупотребама и друга, у вези предлога субјеката у функцији одбране да се испитају одређени сведоци тек у стадијуму главног претреса, чиме се „одбрана“ *излаже потенцијалном ризику* да тада оцени да постоји колузиона опасност“, која „ситуација би у пракси ипак, морала бити прилично ретка, али свакако *није и немогућа*“. ⁸¹² Мало је вероватно да би се јавни тужилац изложио ризику да не обезбеди такав доказ већ у истрази и да разјашњавајући сумњу у погледу дела и учиниоца пропусти да уочи за која лица постоји вероватноћа да ће да дају важан инкриминишући исказ, а уколико до тога ипак дође, неоправдано и неправично је да положај окривљеног зависи од марљивости, ефикасности јавног тужиоца, али и од фактичких могућности да се до сазнања дође у фази истраге (осим када је до тога дошло због деловања окривљеног). Додатно, ове ситуације противне су адверзијалним елементима прихваћеним у нашем кривичном поступку и адверзијалној конструкцији главног претреса.

Опасност од вршења кривичног дела ⁸¹³ (превентивни разлози за одређивање притвора) дефинисана је постојањем особитих околности које указују да ће окривљени „у *кратком временском периоду*“ да понови кривично дело, доврши покушано кривично дело или учиникривично дело којим прети (члан 211 став 1 тачка 3 ЗКП). Доношењем Законика о

⁸¹⁰ *Letellier v. France*, ECtHR, App. 12369/86, 26 June 1991, para 39

⁸¹¹ *I.A. v. France*, ECtHR, App.1/1998/904/1116,23 September 1998, para 110

⁸¹² М. Шкулић (2019 с), стр. 52.

⁸¹³ Полазећи од претпоставке невиности, темељне гаранције положаја окривљеног у кривичном поступку, сматрамо да је исправнији, оправданији и адекватнији израз „опасност од вршења кривичног дела“ од израза „опасности од даљег вршења кривичних дела“ који се користи у литератури (Ц. Мекбрајд, стр. 68).

Трешел издваја из праксе ЕСЉП да превенција мора да се односи на „конкретно и специфично *кривично дело*“. Вид.: S. Trechsel, стр. 427.

Законска формулација овог законског основа („кривично дело“) у складу је са овим захтевом и упућује на везу кривичног дела у погледу којег постоји основана сумња да ће се остварити (основана сумња у погледу „будућег кривичног дела“) са кривичним делом за које постоји основана сумња да га је окривљени извршио (основана сумња у погледу „кривичног дела у прошлости“), због чега се кривични поступак против њега и води.

кривичном поступку 2011. године, овај услов појачан је изразом „у кратком временском периоду“, који по ставу судске праксе упућују не на постојање „апстрактне опасности“, већ на постојање „конкретних околности“ случаја, „конкретне опасности“, „стварне/реалне опасности“ од вршења кривичног дела. Додатну заштиту претпоставци невиности пружа судска пракса ставом да околности које чине опис дела које се у актуелном кривичном поступку окривљеном ставља на терет (радња, начин извршења и друге околности које ближе одређују радњу), саме по себи, у одсуству других околности, не могу да имају карактер оправдавајућих „особитих околности“ за притвор. Треба да буду таквих карактеристика и интензитета да превазилазе битна обележја кривичног дела, иако се доводе у везу са њима. Када је реч о овом законском основу, нарочито је потребно да се обрати пажња да се изоставе формулације којима се крши претпоставка невиности, јер се често у решењима о одређивању/продужењу притвора управо наводе битна законска обележја кривичног дела и опис дела (догађаја) из кривичне пријаве/наредбе за спровођење истраге (оптужба у материјалном смислу) или оптужног акта, као и да се избегне помињање да је против окривљеног у току још неки кривични поступак (који није правноснажно окончан), осим ако га окривљени у своме исказу не коментарише. Исправно је непосредно уз ове наводе употребити законски израз релевантног степена сумње (основана сумња или оправдана сумња након потврђивања оптужнице, када је овај степен сумње потврђен формалном одлуком) и ако се цитира изјава окривљеног, сведока или садржај другог доказа, да се то и недвосмислено наведе уз интерпункцијске знаке или јасно наглашавање да се препричава и анализира садржај доказа у списима предмета.

Тежина кривичног дела и узнемирење јавности подразумева кумулативно испуњење два услова: 1. објективни, материјалоправни и процесни услов – тежина кривичног дела које се окривљеном ставља на терет – прописана казна затвора преко десет година/преко пет година ако се ради о кривичном делу са елементима насиља или изречена казна затвора пресудом првостепеног суда у трајању од пет година или тежа казна; 2. ванпроцесни услов – начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до *узнемирења јавности* које може да угрози несметано и правично вођење поступка.⁸¹⁴ Према законској формулацији следи да се овим законским разлогом за одређивање притвора штити и право окривљеног на правично вођење кривичног поступка, те овај законски разлог садржи нелогичност да се окривљени штити лишењем слободе (притвором) не од опасности по властиту безбедност⁸¹⁵,

⁸¹⁴ По ставовима у судској пракси захтева се постојање узнемирења јавности у *тренутку извршења кривичног дела*, у тренутку *одређивања* и у тренутку *продужења притвора* (Решење Апелационог суда у Београду Кж2 По 1 бр. 56/12 од 14. фебруара 2012. године).

Важна је и не само оцена суда да постоји актуелно („тренутно“) узнемирење јавности, већ и да би, „ако би оптужени били пуштени на слободу, узнемирење јавности било повећано због чега би било угрожено несметано и правично вођење кривичног поступка“ (Решење Апелационог суда у Београду Кж2 По 1 бр. 245/12 од 8. јуна 2012. године, решење Вишег суда у Београду Посебно Одељење К По 1 бр. 273/10 од 24. маја 2012. године). Цитирано према: *Билтен Вишег суда у Београду*, број 84, Intermex, Београд 2014, стр. 27.

⁸¹⁵ Европски суд за људска права прихватио да због посебне тежине одређених кривичних дела и *реакције јавности* поводом њих, може бити изазвана „*узнемиреност друштва*“, што може оправдати притвор у преткривичном поступку. Захтева да би се пуштањем лица на слободу „*заиста реметио јавни ред*“. „Прихвата да у неким случајевима *безбедност лица под истрагом* захтева продужење притвора, на неко време, али да то може да буде случај само у изузетним околностима у вези са природом кривичног дела, условима у којима су извршена и контекста у којем су учињена.....“ *I.A. v. France*, ECtHR, App.1/1998/904/1116, 23 September 1998, para 104, 108.

Сличну формулацију садржао је члан 191 став 2 тачка 4 Законика о кривичном поступку СФРЈ од 1976. године који је осим тежине кривичног дела (могућност изрицања казна затвора у трајању од десет година или теже), захтевао да је због начина извршења, последица или других околности дела „дошло или би

већ од опасности по правично вођење кривичног поступка, чиме се правичан поступак поставља као врхунска вредност у демократском друштву. Евентуалне мотиве законодавца можемо да сагледамо и у вези елиминације начела истине, те истицања у први план начела правичности у кривичном поступку, али остаје нејасно који се елементи правичности штите, да ли искључиво суђење у разумном року или и права на одбрану и која права на одбрану.

С друге стране, сама формулација која обухвата услов ванпроцесног карактер („узнемирење јавности“), оспоравана је у правној науци и пракси и раније проглашавана неуставном. Пример је у правној теорији „каучук“ норме, противне демократском друштву⁸¹⁶, која „отвара врата“ арбитрерном одлучивању, утиче на положај окривљеног у кривичном поступку отежавајући га, чиме се управо угрожава правично суђење.

У литератури се указује на двоструку сврху законског разлога у односу на несметано вођење кривичног поступка: 1. очување јавне безбедности; 2. „спречавање негативног утицаја јавности на сам ток поступка, чиме се уједно штите и права и положај окривљеног у кривичном поступку“.⁸¹⁷ Прва сврха у суштини може да се издвоји историјским тумачењем, језичким тумачењем некадашњих решења у регионалном законодавству⁸¹⁸ и тумачењем праксе ЕСЈП, која искључиво у изузетним околностима, у контексту изузетних околности, из разлога тежине одређених кривичних дела, оправдава притвор због угрожавања јавног реда до којег може доћи пуштањем окривљеног на слободу. Тада постојећи јавни интерес у тој мери да оправдава лишење слободе. Полазећи од претпоставке невиности и основног људског права на слободу, притвор се према пракси ЕСЈП сматра оправданим само ако у конкретном случају постоје „специфичне индикације стварних захтева јавног интереса, које без обзира на претпоставку невиности по својој тежини превазилазе правило поштовања личне слободе“, због чега је обавезан притвор противан члану 5 став 3 Конвенције⁸¹⁹. Према пракси ЕСЈП, притвор не може искључиво да се одреди због тежине кривичног дела, јер води обавезном притвору. Његов циљ може бити заштита безбедности грађана и окривљеног у изузетним околностима, ако интензитет опасности и конкретне околности оправдавају притвор.

Овај законски разлог повлачи опасност да се притвор одреди управо и искључиво на основу тежине кривичног дела и законских обележја кривичног дела, свдећи притвор суштински на обавезан притвор, те приписујући притвору казни карактер чиме се вређа претпоставка невиности и право на правично суђење, те евентуално навођењем околности које по интензитету превазилазе у већој мери обележја кривичног дела. У другом

могло доћи до таквог узнемирења грађана да је ради несметаног вођења кривичног поступка или *безбедности људи*, неопходно одређивање притвора“, којој би се могло наћи оправдање у контексту заштите грађана/јавне безбедности. Међутим, одлуком бившег Савезног уставног суда од 7. децембра 2000. године, утврђена је супротност са тада важећим Уставом (Устав СРЈ од 1992. године), јер садржи ванпроцесне разлоге. Више о томе: М. Шкулић (2019), стр. 57.

⁸¹⁶ Више о томе: М. Шкулић (2020 а), стр. 147.

⁸¹⁷ Б. Станковић, „Узнемирење јавности као услов за одређивање мера за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, *Идентитетски преображај Србије (прилози пројекту 2018 – колективна монографија)* (ур. И. Крстић, М. Лукић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019, стр. 259.

⁸¹⁸ Раније решење у законодавству Црне Горе у погледу притвора по основу тежине кривичног дела, обухватало је услове: 1. тежине кривичног дела, који је захтевао кумулативно прописану казну затвора (од десет година или тежа казна) и да је дело посебно тешко због начина извршења или последица; 2. „постојање изузетних околности које указују да би пуштање на слободу довело до озбиљније претње очувању јавног реда и мира“. Више о томе: М. Škulić (2012 а), стр. 151.

⁸¹⁹ *Pijkov v. Bulgaria*, ЕСtHR, App. no. 33977/96, 26 July 2001, para 84

случајкреће се искључиво у оквирима тежине кривичног дела (тежине начина извршењаи тежине последице), без утврђивања ванпроцесних околности (осим евентуално саме по себи околности извештавања медија), које указују да је јавност узнемирена у том интензитету да се стварно и озбиљно доводи у питање несметано и правично вођење конкретног кривичног поступка и оправдава одређивање притвора, имајући у виду да је практично споран и тежак начин доказивања оваквог узнемирености јавности (грађана).

Упркос томе што се у немачком законодавству утврђује да је за притворски основ услов постојање основане сумње када су у питању одређена тешка кривична дела, мимо класичних притворски основа, немачки Савезни уставни суд је нашао да је одредба у сагласности са Уставом, али је и поставио додатне услове „ако постоје околности на којима се темељи опасност да би без притварања окривљеног *брзо разјашњење и кажњавање за дело могло бити угрожено.*⁸²⁰

Разлог тежине кривичног дела и узнемирења јавности додатно је споран по основу обезбеђивања једнакости „оружја“, због потенцијалне дискриминације у кривичном поступку окривљених слабијег имовинског стања увођењем овог потпуно неизмењеног законског разлога у разлоге за одређивање јемства (члан 202 став 1 ЗКП), блаже мере за обезбеђења присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка. У доктрини се оспорава као разлог за одређивање притвора/јемства не само по основу широке формулације („каучук“ норми) и генерално спорног *ratio legis* – а, већ и *ratio legis* – а супституицања притвора јемством јер се поставља питање: „*Како то да онда када се узме/да јемство престаје узнемирење јавности*“?⁸²¹

⁸²⁰ Б. Станковић (2019), стр. 261.

⁸²¹ М. Шкулић (2020 а), стр. 142

ПОСЕБНИ ДЕО

ТРЕЋЕ ПОГЛАВЉЕ

ИСТРАГА

Старија правна теорија истицала је да се у припремном поступку предузимају процесне радње, *предсудеће или иследне* (извиђајне или истражне), те да се прави разлика у односу на судеће процесне радње.⁸²²

Истрага подразумева постојање кривичне оптужбе против осумњиченог и ако у формалноправном смислу не постоји оптужни акт овлашћеног тужиоца. Европски суд за људска права обличава аутономни појам оптужбе из члана 6 став 1 Конвенције. Прихвата шири, материјални појам оптужбе, за разлику од формалне оптужбе.⁸²³ Кривична оптужба је “званично обавештење које појединцу даје надлежни орган власти о наводима да је осумњичен да је учинио кривично дело”, што одговара тесту „ситуација у којој је осумњичени суштински погођен.”⁸²⁴ „У неким случајевима може имати облик других мера које садрже импликацију таквог навода и које исто тако битно утичу на ситуацију осумњиченог.”⁸²⁵ Не захтева се ни додељивање формалног статуса осумњиченог да би се лице позвало на примену заштитних гаранција из члана 6 Конвенције, већ се овај статус заснива на постојању „веродостојних разлога за сумњу да је лице умешано у кривично дело.”⁸²⁶ Тумачење је основ за примену начела правичности пре суђења.

Немачки аутори указују да су ранија законска решења давала задатак истражи да уведе поступак у врхунац, али да у међувремену истрага постаје суштина кривичног поступка.⁸²⁷ Истрага је фаза од кључног значаја за припрему кривичног поступка. Резултати истраге некада су од одлучујућег значаја за исход кривичног поступка. Објективно, докази прибављени у овој фази одређују оквир у којем ће се на суђењу разматрати кривично дело за које се окривљени терети, а субјективно, окривљени има осећај да је у нарочито рањивом положају због сложености правила о прикупљању и употреби доказа, па члан 6 Конвенције, а нарочито члан 6 став 3 Конвенције, може да буде релевантан пре него што се предмет упути на суђење ако је и у мери колико је вероватно да ће правичност суђења озбиљно да

⁸²² Т. Живановић (1941), стр. 20.

⁸²³ У циљу поштовања значаја правичности на суђењу, истиче се у литератури да мора да превлада материјално више него формално разумевање појма „оптужба“ и „оптужени“. Вид.: W. Schabas, стр. 281.

⁸²⁴ *Deweere v. Belgium*, ECtHR, App. no. 6903/75, 27 February 1980, para 46; *Eckle v. Germany*, ECtHR, App. no. 8130/78, 15 July 1982, para 73. О томе вид.: L.J. Clements, N. Mole, Alan Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, Sweet & Maxwell, London 1999, стр. 158.

Критеријуми кривичне оптужбе разрађени су у пресудама *Engel and others v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 June 1976, para 81, 82.; *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 7819/77; 7878/77, 28 June 1984, para 34 – 38.

О мерилима за кривична/казнена дела вид.: Зоран Стојановић, М. Шкулић, Вељко Делибашић, *Основи кривичног права, Књига II, Кривично процесно право – Кривични поступак кроз практичну примену*, Службени гласник, Београд 2018, стр. 57 – 59.

⁸²⁵ *Foti and others v. Italy*, ECtHR, App. no. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77, 10 December 1982, para 52

⁸²⁶ *Bandaletov v. Ukraine*, ECtHR, App. no. 23180/06, 31 October 2013, final on 31/1/2014, para 56

⁸²⁷ Claus Roxin, Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München 2009, стр. 313.

будеповређена почетним непридржавањем ових одредаба.⁸²⁸ Ако се неравноправност странака у истрази не уравнотежи у каснијим процедурама, ограничењима права на одбрану у истрази повређује се начело једнакости „оружја“. Због тога им семора приступити рестриктивно, пажљиво и брижљиво, узимајући увек у обзир потенцијалну последицу, те да ли постоји формална и фактичка могућност примене заштитних гаранција и процесних мера уравнотежења. Ограничавању слобода и права окривљеног у кривичном поступку прибегава се „у мери неопходној за остварење циља поступка“, под условима прописаним Закоником о кривичном поступку (члан 10 ЗКП).

Законик о кривичном поступку од 2011. године прихвата модел јавно – тужилачке истраге.⁸²⁹ Судија за претходни поступак штити слободу и права осумњиченог у истрази и има лимитирану улогу у контролисању спровођења истраге. Надзор над правилности спровођења истраге примарно је у надлежности непосредно вишег тужиоца. Најважнија питања која постављамо у истрази су питање нормативних заштитних гаранција⁸³⁰ начела једнакости „оружја“, дозвољених ограничења права на одбрану и мереприменепроцесних средства одбране.

1. Значај истраге за начело једнакости „оружја“

Правна наука упућивала је и на учење о двостраности кривично процесног односа (између тужиоца и окривљеног) и расправљање и у ранијим фазама поступка путем изношења спорних чињеница, доказа и захтева, присуствовања кривично процесним радњама са могућношћу да се утиче на њихово вршење.⁸³¹ Делотворна одбрана потребна је у истрази због значаја за припрему кривичног поступка и тенденције да правила о прикупљању и коришћењу доказа постану што сложенија.⁸³² Начин испитивања сведока оптужбе у истрази има нарочиту важност, јер је вероватно да ће правичности суђења да штетичињеница да кључни сведоци не могу да буду саслушани пред судом и да се докази добијени у фази истраге због тога уведе директно на суђење.⁸³³

Повреда или ограничење права одбране у истрази неће увек бити релевантни са аспекта начела једнакости „оружја“ у кривичном поступку. По налажењу Европске комисије за људска права, у складу са сталном праксом Комисије, „поштовање гаранција не може се испитати изоловано, већ само у светлу развоја поступка у целини, када се судило.“⁸³⁴ Суд има задатак да „излечи недостатке“ и да уравнотежи кривични поступак. Ако механизам

⁸²⁸ *Imbrosia v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 13972/88, 24 November 1993, para 36; *Salduz v. Turkey*, ECtHR, App. no. 36391/02, 27 November 2008, para 50, 54; *Şaman v. Turkey*, ECtHR, App. no. 35292/05, 5 April 2011, final on 5/7/2011, para 30; *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 104

⁸²⁹ Јавно – тужилачка истрага била је предвиђена Законом о јавном тужилаштву од 27. јула 1946. године и Закоником о кривичном поступку од 2006. године.

⁸³⁰ Грубач је описивао да је претходни Законик прекинуо све везе са идеолошким наслеђем бивших ауторитарних режима власти и да је био усклађен са савременим правним стандардима европског кривичног поступка, па да се и сврставао у сам врх савремених европских законодаваца те врсте. М. Грубач, „Нове установе и нова решења Закона о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи* година ИИ 2/2011, стр. 468.

⁸³¹ Д. Димитријевић, стр. 125 – 128.

⁸³² *Salduz v. Turkey*, ECtHR, App. no. 36391/02, 27 November 2008, para 54

⁸³³ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 156

⁸³⁴ *Adolf v. Austria*, EComHR, App. 8269/78, 8 October 1980, para 64

успостављања равнотеже између странака у првостепеном поступку, као и у поступку по правним лековима *изостане* или се *не може применити*, повреда начела једнакости „оружја“ у истрази постаје релевантна. Значај истраге директно проистиче из могућности упознавања на главном претресу са садржином писмена и снимака (члан 405 ЗКП) и записника о исказима из истраге (члан 406 ЗКП).

Важни су ставови, изведени из разматрања Европске комисије за људска права, да је интерес окривљеног да: 1. обезбеди почетну основу за своју одбрану; 2. учествује у обликовању оквира за суђење путем учествовања у истрази или путем *преиспитивања закључака о гођењу пре потврђивања одлуке о гођењу*; 3. преиспитује принудне мере наређене током прелиминарне истраге.⁸³⁵ У страниј литератури примећује се да постоје различита мишљења судова о *дозвољеном обиму преиспитивања одлука тужилаца*, али да је широко прихваћено да судови могу да зауставе поступак по основу злоупотребе поступка.⁸³⁶

Право на информисаност је основно право од важности за остваривање једнакости „оружја“. Начело „једнакости страна“ у Препоруци Рес (2000) 19 Савета Европе о улози јавног тужилаштва у кривично – правном систему обухвата откривање субјектима у функцији одбране (другој страни), било којих информација којима располажу, *а које могу да утичу на праведност поступка*. Позивањем на Директиву ЕУ 2012/13 у анализи права Европске уније, истичу се основна права осумњиченог значајна за остваривање начела правичности у истрази: право лица лишених слободе на поуке о правима, право на информације о оптужбама, право приступа списима предмета и право на вођење евиденција о информацијама.⁸³⁷ У вези права на правни лек ради заштите права, Директива указује државама да обезбеде субјектима у функцији одбране да побијају пропуштања и одбијања надлежних органа да пружи информације.

Законико кривичном поступку уређује формалну истрагу у којој осумњичени добија процесна права. Истрага отпочиње доношењем формалне одлуке, наредбе о спровођењу истраге, којом уједно започиње кривични поступак (члан 7 став 1 тачка 1 ЗКП). Прописана казна за кривична дела за која се спроводи истрага, *захтева обавезну одбрану*. Бројна правила надлежности јавног тужиоца, дужности јавног тужиоца према осумњиченом и браниоцу, праваи процесна средства осумњиченог и браниоца уређују истрагу. Достављањем наредбе о спровођењу истраге (када је осумњичени познат), осумњичени се уједно обавештава о покретању кривичног поступка, чиме му се пружа прилика да припреми своју одбрану. Испуњење захтева једнакости „оружја“ у истрази постаје релевантно у условима формалне јавно – тужилачке истраге, у којој одбрана има права да партиципира на законом предвиђене начине, чији резултати у ширем обиму могу да се користе на главном претресу, а утврђени су и основи по којима се пресуда може заснивати на доказима из истраге.

Елиминисана је судска контрола одлуке о покретању истраге, али оснаживањем формалног карактера истраге установљени су видови утицаја судије за претходни поступак на одлуке и поступање јавног тужиоца током спровођења истраге (пре свега налагање јавном тужиоцу да предузме доказну радњу, одлучивање у законом

⁸³⁵ S. Stavros, стр. 56.

⁸³⁶ Simon N.M. Young, „A Public Law Conception in the Criminal Process“, *The Integrity of Criminal Process: From Theory into Practice* (eds. Jill Hunter, Paul Roberts, Simon N.M. Young, David Dixon), Hart Publishing, Oxford 2016, стр. 35 – 51.

⁸³⁷ Serena Quattrocchio, „The Right to Information in EU Legislation“, *Human Rights in European Criminal Law – New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty* (ed. Stefano Ruggeri), Springer, Cham 2015, стр. 84 – 90.

прописаним случајевима по жалби на решења јавног тужиоца, одлучивање о притужбама због неправилности у току истраге, одлучивање о издвајању записника и обавештења). *Ratio legis* увођења јавно – тужилачке истраге је и унапређење гарантне функције суда у истрази. У правној теорији се налази да „концепт контрадикторног поступка и једнакости оружја много боље функционише у „троугаоној“ структури, у којој је полицији и тужилаштву препуштена истрага, а окривљени касније може да оспорава резултате њиховог рада пред непристрасним судијом“.⁸³⁸ Судији за претходни поступак, неоптерећеним задатком прикупљања доказа који треба да послуже било којој страни у поступку, нови процесни положај омогућава да се према обема странкама понаша непристрасно, те је циљ законских новина, повећање непристрасности суда и омогућавање равноправности странака.⁸³⁹ У поступку пред судијом за претходни поступак формира се кривично процесни однос у кривичном поступку, између странака и суда.⁸⁴⁰ Прилика осумњиченом и браниоцу да побијају између осталог „пропуштања и одбијања надлежних органа да пруже информације“, законски се обезбеђује средством приговором због неправилности у току истраге и притужбом судији за претходни поступак.

Законик уређује „оружја“ одбране, права осумњиченог и браниоца (праворазматрања списка и разгледања предмета које служе као доказ, право достављања обавештења, позива и одлука, право обавештења о доказним радњама, право присуства доказним радњама, право постављања питања и право предлагања доказа) и њихова средства супротстављања јавном тужиоцу (предлог да се предузме одређена доказна радња, жалба против решења којим се одбија предлог одбране за одређивање вештачења, приговор због неправилности у току истраге, притужба судији за претходни поступак, предлог судији за претходни поступак да се издвоје записници о предузимању доказних радњи). Дужност јавног тужиоца да упозна осумњиченог и његовог браниоца са прикупљеним доказима оптужбе из члана 303 ЗКП, директно је у вези са припремом одбране за суђење и сегмент је начела једнакости „оружја“. Националним законима дозвољава се да одреде ограничења права на одбрану у истрази која произлазе из природе и сврхе фазе истраге, али примена ограничења у конкретном случају не сме да повреди правичност поступка у целини.

Примарна сврха истраге је прикупљање доказа и података да би се одлучило да ли има места оптужењу. Постојање довољно доказа за оправдану сумњу подразумева законите доказе. Судија за претходни поступак води рачуна и по службеној дужности о законитости доказа у истрази (члан 237 став 1 ЗКП). У теорији се поставља питање да ли суд треба да разматра да ли несумњиве повреде једнакости „оружја“ треба да се одразе на искључивање

⁸³⁸ Т. Лукић (2011), стр. 154.

⁸³⁹ М. Мајић, „Напуштање инквизиторског модела кривичног поступка као нужан корак у стварању непристрасног кривичног суда у Србији“, *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривично процесна законодавства (нормативни и практични аспекти)* (ур. Ана Петровић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2012, стр. 198 – 199.

⁸⁴⁰ У литератури се прецизира да није реч о кривично процесном односу који постоји у циљу правилне примене кривичног закона на кривичну ствар која је предмет поступка, што је у нашој процесној доктрини прихваћено да карактерише кривични поступак. Вид.: В. Ђурић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011, стр. 44.

Јавно – тужилачка пракса препознаје посебну улогу судије за претходни поступак, пред којим су јавни тужилац и окривљени странке и да се начело једнакости „оружја“ у истрази активира у моменту када јавни тужилац добија својство странке. „Радња приступа саслушању окривљеног пред судијом за претходни поступак није предузета пред тужилаштвом већ пред судом, у наведеној радњи је учествовао тужилац који је имао улогу странке, као и бранилац, па је противно начелу једнакости „оружја“ да тужилац браниоцу исплаћује награду за радњу предузету пред судом.“ Из решења Првог ОЈТ у Београду Кт бр. 963/14–Кто бр 7/14 од 2. априла 2015. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

доказа, јер би било неправично да се признају.⁸⁴¹ Европски суд за људска права ипак питање допуштености (прихватљивости) и издвајања доказа препушта дискрецији националне државе, али контролише и цени да ли је крајњи резултат примене изабраних правила поступка правичан поступак.

2. Покретање кривичног поступка и (не)једнакост „оружја“

Основна права осумњиченог у истрази су да буде информисан о оптужби, да изнесе одбрану и да се брани, да буде активан у истрази, да се упозна са резултатима истраге и да има могућност да штити своја основна права. У истрази се примењује члан 6 Конвенције, а нарочито члан 6 став 3 тач. а), б) и ц). Делотворно остваривање права осумњиченог може да има суштински значај у односу на кривични поступак у целини, јер ток и резултати истраге могу да имају одлучујући утицај на вођење и правично окончање кривичног поступка. Заштита права на одбрану додатно је важна у контексту правила да се кривични поступак сматра покренутим у моменту отпочињања истраге за коју је довољан најнижи степен сумње (основи сумње) и да је дозвољена истрага против непознатог учиниоца.⁸⁴²

Из поменутих разлога, законска средства супротстављања јавном тужиоцу која се користе пред судом, посматрамо као почетне заштитне гаранције једнакости „оружја“ негубећи из вида да начело остварује своју целовиту примену првенствено у фази главног претреса, када се недостаци за одбрану могу отклонити или ублажити у мери да не буду суштински. Законик о кривичном поступку утврђује ограничену и супсидијерну улогу суду да контролише истрагу која не обухвата преиспитивање одлуке јавног тужиоца да покрене истрагу.

Када јавни тужилац донесе наредбу за спровођење истраге, покреће се истрага (члан 296 ЗКП). Доношење наредбе за спровођење истраге процесни је тренутак који означава завршетак предистражног поступка и почетак кривичног поступка против осумњиченог.⁸⁴³ Из законског одређења форме и садржине наредбе, произлази двострука правна природа: 1. врста формалне одлуке о отпочињању кривичног поступка, чији је поступак доношења законом регулисан (време доношења, услови, надлежност за одлучивање); 2. по садржини оптужба, с обзиром на обавезне елементе који одговарају садржини оптужног акта у формалном смислу (лични подаци, опис дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела, образложење односно разлози оптужбе – околности из којих произилазе основи сумње⁸⁴⁴).

Пошто означава почетак кривичног поступка, производи уједно бројне процесне последице (нпр. немогућност примене института одлагања кривичног гоњења, обавештење

⁸⁴¹ Robin Auld, „Investigation and Surveillance“, *The Human Rights Act and the Criminal Justice and Regulatory Process* (ed. Jack Beatson), Hart Publishing, Oxford 1999, стр. 68.

⁸⁴² Законик о кривичном поступку Црне Горе, у члан 275 став 1, пописује да се истрага покреће наредбом државног тужиоца ако постоји *основана* сумња да је *осумњичени* учинио кривично дело.

⁸⁴³ Закон о кривичном поступку СР Немачке не одређује тренутак када се кривични поступак сматра покренутим, док под појмом истраге (претходног поступка) обухвата и полицијску истрагу.

⁸⁴⁴ Према пракси Европске комисије за људска права информација о оптужби не мора нужно да садржи помињање доказа на којима се оптужба заснива.

Вид.: European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 – Right to a Fair Trial (criminal limb)*, Council of Europe 2019, стр. 64., доступно на https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf, приступљено 5. септембра 2019.

оштећеног о покретању истраге и давање оштећеном поука о правима, право оштећеног да предложи привремене мере обезбеђења имовинскоправног захтева, могућност закључења странаčkih споразума, могућност издавања потернице). Основ је применениза права и дужности јавног тужиоца, али и осумњиченог и његовог браниоца. Активира процесне гаранције у корист осумњиченог (средства супротстављања јавном тужиоцу). Модел истраге према којем је осумњичени обавештен о истрази, учествује у истрази и присуствује доказним радњама назива се у правној литератури „*натурналистички концепт истраге*“, за који се „на први поглед“ сматра да обезбеђује више права у смислу „наводне једнакости оружја“.⁸⁴⁵

Иако наредба не представља оптужни акт у формалном смислу о коме одлучује суд већ одлука јавног тужиоца, јасно је да је њен обавезан елемент оптужба, која се доставља осумњиченом и његовом браниоцу (члан 297 став 1 ЗКП).⁸⁴⁶ Појму кривичне оптужбе даје се аутономна дефиниција чиме се спречавају могуће злоупотребе у смислу смањивања ефективности гаранција прописаних Конвенцијом.⁸⁴⁷ Формалне карактеристике истраге у кривичном поступку правдамопотребом наглашавања процесних јемстава. Истовремено, с обзиром на појам оптужбе одређен у стразбуршкој пракси, закључујемо да Суд не захтева елементе форме да би применио заштитне гаранције у односу на осумњиченог.

Законик о кривичном поступку од 2006. године регулисао је модел јавно – тужилачке истраге у оквиру снажнијим гаранцијама начела једнакости „оружја“. Предвиђао је да јавни тужилац доноси решење о спровођењу истраге против којег су осумњичени и његов бранилац имали право да изјаве жалбу.⁸⁴⁸

Најважнија питања у теорији и пракси у вези покретања истраге су уставност законске норме да јавни тужилац одлучује о покретању кривичног поступка и да су основи сумње довољни за покретање кривичног поступка, те о постојању правног средства у циљу заштите осумњиченог од неоснованих истрага.

Судска пракса Европског суда за људска права не сугерише адекватан модел истраге за заштиту гаранција права на правично суђење, већ у одређеној мери цени улогу суда у истрази (као процесну меру уравнотежења у кривичном поступку и судску контролу релевантног степена сумње пре суђења).

Право на правично суђење прокламовано чланом 32 став 1 УРС обухвата захтев да о *основаности* сумње која је била *разлог за покретање кривичног поступка* против окривљеног мора правично да расправи суд као и да одлучи о оптужбама против њега. Исправно је гледиште у стручном раду да, полазећи од Устава, није дозвољено законом прописати да о покретању кривичног поступка одлучује искључиво тужилац наредбом

⁸⁴⁵ Вид. Н. Матовски (2014 а), стр. 40.

⁸⁴⁶ Шкулић наводи да наредба обухвата пре свега оптужбу у „материјалном смислу“. Вид.: М. Шкулић, „Истрага – Законско решење, спорна питања и дилеме“, *Унапређење Законика о кривичном поступку de lege ferenda предлози 2015* (ур. М. Шкулић, Г. Илић, Марина Матић Бошковић), Мисија ОЕБС–а у Србији, Београд 2015, стр. 40.

⁸⁴⁷ S. Trechsel, стр. 32.

⁸⁴⁸ Против одлука истражног судије имали су право да се жале ванпретресном већу јавни тужилац и окривљени и његов бранилац када би имали правни интерес. Правна теорија истицала је у анализи тадашњих новина у односу на Законик о кривичном поступку од 2001. године да су права одбране додатно појачана у случају да јавни тужилац одбије да предузме доказну радњу по предлогу одбране, или пак ту радњу не спроведе у року од осам дана по пријему предлога. Вид.: М. Шкулић, В. Бајовић, *Новине и измене Законика о кривичном поступку из 2006. године у поређењу са Закоником о кривичном поступку из 2001. године*, Београд 2007, стр. 58.

„против које не постоји никакво правно средство о којем би одлучивао суд”.⁸⁴⁹ Основни проблем је што се кривични поступак сматра законито покренутим *са најмањим степеном сумње*, без мериторног надзора суда. У правној теорији се примећује да не постоје нормативна кршења конкретних, одређених одредби ЕКЈП, али да се неспорно противуставност може сматрати „нарушавањем права на правну сигурност”.⁸⁵⁰

Као што је претходно више пута наглашавано, доктрина закључује да кривични поступак подразумева однос између странака и суда. Уставне овлашћује јавног тужиоца да донесе одлуку о започињању кривичног поступка, већ да гони учиниоце кривичних дела.⁸⁵¹ Запажа се да је једна од основних новина, узрочник важних и бројних недоумица у пракси, регулисање тренутка отпочињања кривичног поступка⁸⁵² доношењем наредбе о спровођењу истраге.⁸⁵³

Логички недостатак Законика је отварање и вођење формалне истраге, те уједно и кривичног поступка против непознатог учиниоца.⁸⁵⁴ Посматрано из угла историјског развоја уређења кривичног поступка, још се у средњовековном феудалном праву јединствена истрага поделила на „генералну и специјалну инквизицију”.⁸⁵⁵ Правна струка примећује да законско решење оставља могућност тужиоцу да спроведе читаву истрагу без учешћа окривљеног и браниоца, ако „представи да је до података којим је идентификовао учиниоца дошао на крају истраге”.⁸⁵⁶

⁸⁴⁹ Ј. Тинтор (2016 а), стр. 316.

⁸⁵⁰ М. Шкулић (2013 б), стр. 695.

⁸⁵¹ Сама по себи није спорна надлежност јавног тужиоца да цени да ли постоје основи сумње у погледу дела и учиниоца. Јавни тужилац је и у претходном Законику одлучивао о постојању основане сумње искључиво у негативном смислу у виду одбацивања кривичне пријаве против осумњиченог.

⁸⁵² О појединим дилемама које узрокује одредба члана 7 става 1 тачка 1 ЗКП вид.: И. Миљуш, Б. Станковић, „Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2017, стр. 547 – 565.

⁸⁵³ Судија за претходни поступак у фази доказних радњи у скраћеном поступку одлучује о притвору по предлогу јавног тужиоца, прво ценећи постојање довољности доказа за *основану сумњу*. Самим тим је оправдано да се кривични поступак у складу са одредбом члана 7 став 1 тачка 3 ЗКП сматра покренутим доношењем решења о одређивању притвора. Кривично ванпретресно веће одлучује о отпочињању кривичног поступка у смислу члан 7 став 1 тачка 3 ЗКП у случају непосредног оптужења. Ако нађе да из доказа произлази већи степен сумње, *оправдана сумња*, доноси решење о потврђивању оптужнице. Тек након стицања својства правноснажности решења о потврђивању оптужнице, кривични поступак се сматра покренутим. У овим случајевима, окривљени и бранилац имају право да учествују у поступку одлучивања, односно да утичу на његов ток и исход.

Иако је у претходном Законику изостајало нормирање тренутка отпочињања кривичног поступку није било спорно када је кривични поступак покренут. О томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Друго измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио, Београд 2010, стр. 336 – 341.

⁸⁵⁴ О томе: М. Шкулић (2020 а), стр. 320 – 321.

⁸⁵⁵ Фејеш анализира да је учење о *corpus delicti* било прекретница у организовању истраге, јер се „само ако је сакупљено довољно доказа о извршеном делу сажетих у форми *corpus delicti*, могла отпочети следећа фаза управљена против конкретног лица (*inquisitio in delinquentem*), што је спречавао да се поступак настави на основу гласина или неких других слабих доказа“. О томе: И. Фејеш, „*Constitutio Criminalis Theresiana – Corpus Delicti*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Слободан Орловић), Правни факултет у Новом Саду, број 2, 2013, стр. 165.

⁸⁵⁶ Ј. Тинтор, *Пројекат Реформе кривичног законодавства коначан извештај, септембар 2016. године*, Адвокатска комора Србије, Београд 2016, стр. 21.

Истрага покренута против непознатог учиниоца, у складу са чланом 295 став 1 тачка 2 ЗКП, потенцијална је претња начелу једнакости „оружја“ како у случају неоткривања резултата истраге суду, браниоцу и осумњиченом тако и у случају ускраћивања прилике одбрани да преиспитује доказе оптужбе. Замисливо је да сведок испитан у тренутку када је учинилац био непознат не може да се испита на главном претресу (нпр. услед смрти или недоступности), а да његов исказ буде искључиви или кључни доказ у предмету.

Једина норматива гаранција, брана злоупотребама, одобрење је судије за претходни поступак из члана 300 став 6 ЗКП да се предузме доказна радња. Иако се поступак пред судијом за претходни поступак не регулише детаљно, сврха законске норметражи сложенију процедуру. Делотворно остваривање функције судије за претходни поступак, захтева да јавни тужилац поднесе образложени предлог за давање сагласности, који садржи резултате досадашњег тока поступка и разлоге на којима заснива нужност и неопходност предузимања радње, опасност од одлагања, те правда ограничења права на одбрану. Судија за претходни поступак треба пре одлучивања о ограничењу права на одбрану да се упозна са свим резултатима истраге, па да оцени да ли је нужно и неопходно. Ради спречавања повреде права на „суочење“, пракса се некадамора „сналазити“ предузимањем мерепостављања браниоца по службеној дужности непознатом учиниоцу, коју одликује одсуство елементарне животне и правне логике.⁸⁵⁷

У литератури се налази да је законском концепцијом онемогућено окривљеном да се отварању истраге супротстави и да затражи судску заштиту од арбитрерног покретања кривичног поступка.⁸⁵⁸ Теорија и пракса подељене су у погледу питања да ли наредба о спровођењу истраге може да се сврста у одлуке против којих би било дозвољено подношење захтева за заштиту законитости.⁸⁵⁹ Истраживање праксе показало је да се приговором због неправилности у току истраге упућеним непосредно вишем јавном тужиоцу позива на формалне недостатке садржине наредбе (нејасан опис дела, пре свега нејасан опис радње, погрешно означена правна квалификација), што се цени према степену сумње за који се спроводи истрага („основи сумње“) и сврси истраге прописане чланом 295 ЗКП, те да ли наредба садржи формалне елементе из члана 296 став 3 ЗКП.⁸⁶⁰

⁸⁵⁷ Из судске праксе ЕСЉП издвајамо став да је од „виталног значаја за правичност поступка у целини да се утврди да ли су власти, у време саслушања сведока у фази истраге, поступале под претпоставком да сведок неће бити саслушан на суђењу.“ „Када истражни органи прихвате разумно мишљење да се сведок неће саслушати на расправи пред првостепеним судом, неопходно је да одбрана добије прилику да постави питања сведоку у фази истраге.“ Вид.: *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 157

⁸⁵⁸ М. Грубач, „Отварање истраге према новом Законику о кривичном поступку“, *Правни записи*, год. V, 1 /2014, стр. 221.

⁸⁵⁹ О томе: Г. Илић, „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева за заштиту законитости – да или не“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016, стр. 369.

⁸⁶⁰ Истраживање је обављено у Вишем јавном тужилаштву у Београду и Апелационом јавном тужилаштву у Београду. Предмет истраживања био је број и садржина приговора због неправилности у току истраге који су поднели осумњичени или браниоци током истраге на рад основних и виших јавних тужилаштава, у смислу одредбе члана 312 став 1 ЗКП, појединачно за 2013. годину, 2014. годину, 2015. годину, 2016. годину, 2017. годину и 2018. годину; 2. број и садржина решења о одбијању приговора, у смислу одредбе члана 312 став 2 ЗКП, појединачно за наведене године; 3. број и садржина решења о усвајању приговора, у смислу одредбе члана 312 став 2 ЗКП, појединачно за наведене године. Ниједан приговор поводом доношења наредбе о спровођењу истраге није усвојен.

Два су могућа пута законског уређењаспровођења истраге. Први, неформална истрага јавног тужиоца која претходи кривичном поступку о чијем покретању одлучује ванпретресно веће потврђивањем оптужнице или током које се покреће кривични поступак доношењем решења судије за претходни поступак о одређивању притвора. Захтева крајње лимитирано коришћење доказа из истраге на главном претресу, законске заштитне гаранције остваривања права на одбрану које ће ублажити изузетке од начела непосредности и смањити потенцијалне повреде начела једнакости „оружја“ (пре свега надлежност суда да обезбеди доказе у погледу чијег извођења постоји опасност од одлагања и мере уравнотежења неприсуства осумњиченог приликом прибављања исказа сведока и вештака и вештачења). Правна теорија указује на неадекватност овог решења, с обзиром да би „само преименовало преткривични поступак у истрагу“, а вероватно би „могло довести до неселективног оптужења.“⁸⁶¹ С друге стране, питање је колико би оптужница било потврђено образложеним решењем,⁸⁶² нарочито ако би се задржало право окривљеног и браниоца да изјаве жалбу против решења о потврђивању оптужнице.

Други пут је да је покретање кривичног поступка условљено утврђивањем постојања основане сумње против одређеног лица и везано за правноснажност решења јавног тужиоца о спровођењу истраге.⁸⁶³ Учесћесудске власти уотварању истраге, иако се у делу наше доктрине описује као непримереним,⁸⁶⁴ сматрамо битном заштитном гаранцијом права на одбрану која избегава процесне „опасности“ када се истрага води против непознатог учиниоца и уједно одговара традиционалној улози суда у кривично процесном законодавству.

У литератури се запажа да иако ЕСЈП до сада није поставио „изричит захтев судске контроле истражног дела поступка, разматрао је законитост покретања и вођења истражног поступка од стране државног одвјетника“.⁸⁶⁵ Судска контрола постојања и даљег егзистирања релевантног степена сумње, примењује се у поступку одлучивања суда о мерама и радњама којима се задире у основна људска права и слободе (мере за обезбеђење присуства окривљеног, потерница, претресање, надзор над сумњивим трансакцијама, привремено обустављање сумњиве трансакције, посебне доказне радње) и свакако није супротна јавно –

⁸⁶¹ М. Шкулић, „Концепција истраге у кривичном поступку“, *Ревивија за криминологију и кривично право* 1/10, стр. 72.

⁸⁶² Образложено решење захтева да веће нађе из којих доказа произилази релевантан степен сумње, што би у овој концепцији истраге било нелогично. Супротно, необразложене одлуке већа не би могле да буду стварна брана незаконитим и неправилним оптужењима.

⁸⁶³ Хрватско право прописује да јавни тужилац доноси решење о спровођењу истраге када постоји основана сумња да је одређено лице учинило кривично дело. Против решења окривљени има право да изјави жалбу о којој одлучује судија истраге. Правноснажност решења о спровођењу истраге означава отпочињање кривичног поступка. Вид.: *član 17 stav 1 tačka 1, član 217 и član 218 Zakona о kaznenom postupku Hrvatske*.

Уставни суд Хрватске пружио је смернице у циљу реформе кривично процесног законодавства указујући на потребу и смисао раздвајања процесних стадијума у претходном поступку, дела поступка у коме се „разјашњава сумња“ од дела поступка у коме се „утврђује основана сумња“. О томе: *Z. Đurđević (2013)*, стр. 324.

⁸⁶⁴ Ђурђић улогу суда у отварању истраге сматра „апсолутно непримереним концепцији тужилачке (једностраначке) истраге.“ Вид.: *В. Ђурђић, „Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом Законику о кривичном поступку“, Примена новог Законика о кривичном поступку Србије (ур. Ђ. Лазин), научни скуп Копаоник 2007, Удружење за кривично право Србије, Београд 2007, стр. 599.*

С друге стране, Шкулић запажа да континентално – европска решења управо не одликује потпуно тужилачки односно (једно)страначки концепт истраге, што је посебно корисно када су у питању тзв. хитне истражне радње (као на пример, у немачком кривичном поступку). Вид: *М. Шкулић (2010с)*, стр. 70.

⁸⁶⁵ *Z. Đurđević, “Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt”, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 17, 1/2010, стр. 9.*

тужилачком моделу истраге. У циљу заштите лица од арбитражног хапшења и притварања, ЕСЉП контролише оцену „разумне сумње“, одређује њен појам и цени да ли је тужилац пре одлучивања о отварању истраге према осумњиченом извршио „истинску истрагу основних чињеница.“⁸⁶⁶

Приговор успоравања поступка упућен судској контроли покретања истраге отклонио би се упрошћавањем и уједно убрзавањем поступка контроле оптужнице путем изостављања другостепеног поступка након доношења решења о потврђивању оптужнице.⁸⁶⁷

3. Ограничења права на одбрану у истрази

Европска конвенција о људским правима не садржи посебну општу одредбу о ограничењима права на правично суђење. Ипак, у литератури се закључује да гаранције из члана 6 Конвенције начелно припадају групи *дерогабилних* и *неквалификованих права*.⁸⁶⁸

У судској пракси, користи се појам „имплицитна ограничења.“⁸⁶⁹ Ограничења права на одбрану дозвољена су ако испуњавају услове законитости, *ultimaratio* карактер и сразмерност. Мере ограничења морају бити: 1. у складу са законом, 2. неопходне у демократском друштву 3. пропорционалне предвиђеном легитимном циљу.⁸⁷⁰ Основна питања из домена људских права су “да ли постоји *легитиман циљ* мере, да ли је *мераспособна* да га обезбеди, да ли је мера *неопходна* како би се циљ остварио, те да ли су *штете* настале мером *оправдане* или надмашују добитке које мера купује”.⁸⁷¹ Када је реч о истрази, иако у теорији валидност ограничења права на одбрану захтева да буду *минимална* и *подложна судском преиспитивању*, Суд разматра ограничења од случаја до случаја.⁸⁷²

Основна ограничења права на одбрану установљена у истразису непозивање осумњиченог и браниоца да присуствују предузимању доказних радњи, истрага против непознатог учиниоца, ограничење права на разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ, испитивање посебно осетљивог сведока изаштићеног сведока. Ограничења добију на значају ако се не надокнаде или исправедо окончања кривичног поступка, па

⁸⁶⁶ *Stepuleac v. Moldova*, ECtHR, App. no. 8207/06, 6 November 2007, final on 6/2/2008, para 69–73

Судска контрола постојања разумне сумње приликом разматрања притвора повезује се и са правом браниоца на приступ списима предмета ради преиспитивања лишења слободе у оквиру начела једнакости „оружја“. Вид.: *Lietzow v. Germany*, ECtHR, App. no. 24479/94, 13 February 2001, para 44

⁸⁶⁷ С обзиром на концепцију истраге и могућност коришћења доказа из истраге које прихвата Законик о кривичном поступку, неопходно је било нормирати судску контролу оптужнице са ширим овлашћењима већа из члана 21 став 4 ЗКП. Примена Законика допринела је да образложена решења о потврђивању оптужнице садрже детаљнија разматрања навода из одговора на оптужницу. Међутим, нарочито када је реч о сложеним предметима овај систем изискује “мале пресуде“, интерпретацију и анализу свих доказа на којима се заснива оправдана сумња, без оцене доказа, а затим освртање на одговор на оптужницу.

⁸⁶⁸ Гос опомиње да постоји и једна квалификација (изричито ограничење једног права из члана 6 Конвенције), самостална одредба о ограничењима начела јавности односно могућност искључења јавности садржана у члану 6 став 1 Конвенције. Вид.: R. Goss, стр. 117.

⁸⁶⁹ Из случаја *Deweert v. Belgium*, ECtHR, App. no. 6903/75, 27 February 1980, para 49, произлази да како у грађанској тако и у кривичној области постоје „имплицитна ограничења“ за имплицитно право и да није задатак суда да „разради општу теорију таквих ограничења.“

⁸⁷⁰ М. Пауновић, С. Царић, стр. 34.

⁸⁷¹ Mark Elliott, „Proportionality and Deference: the Importance of Structured Approach“, *Cambridge Legal Studies Research Paper Series Paper*, 32/2013, стр. 1.

⁸⁷² S. Maffei, стр. 69.

постану повреде права такве тежине да су релевантна кршења начела једнакости „оружја“, нарочито ако се узме у обзир да Законик о кривичном поступку, у члану 406, предвиђа дозвољеност упознавања са садржином записника о исказима из истраге.

Тежња ка достизањем истине, борба против савремених облика тешког и организованог криминалитета, потреба за ефикасношћу кривичне процедуре воде ограничењима права осумњиченог и правдају их. Осим тога што захтевају релевантан степен сумње у односу на окривљеног и дело, траже и објективне околности које су ван постојања потребног степена сумње. Ограничења права на одбрану произилазе и из потребе да се кривични поступци воде на начин да се не угрозе интереси сведока или жртава позваних да сведоче. Потребно је њихово уравнотежење у довољној мери ради избегавања повреде Конвенције.⁸⁷³ Захтева се да је поступак у целини правичан.

Европски суд за људска права издваја више ставова када је у питању обелодањивање доказа: 1. није улога Суда да цени да ли је неоткривање доказа стриктно неопходно; 2. национални судови цене доказе; 3. суд одржава баланс између конкурентног легитимног интереса (чување основног права другог лица и заштита важног јавног интереса) и одржавања тајности доказа и потребе окривљеног да се открију, испитујући све околности; 4. суд надзире правичност у поступку, треба да буде упознат са свим доказима и питањима у предмету; 5. суд је у позицији да надзире значај за одбрану поверљивих информација, како пре, тако и за време суђења; 6. Суд преиспитује да ли сам поступак одлучивања пред националним судом, што више је могуће, задовољава захтеве адекватности (контрадикторног) поступка и једнакости „оружја“ и да ли инкорпорира адекватне гаранције за заштиту интереса окривљеног; 7. Суд цени да ли су тешкоће (недостаци) узроковане одбрани ограничењем права у довољној мери уравнотежени процедурама пред судским органима ради осигурања да окривљени добије правично суђење.⁸⁷⁴

Ставови се у суштини позивају на тестове фактора уравнотежења, равнотеже и пропорционалности и указују на важност поштовања гаранција поступка одлучивања и судске контроле одлуке о откривању доказа, као фактора уравнотежења.⁸⁷⁵ Цени се да ли је поступак одлучивања о откривању доказа или њиховом задржавању у складу са захтевима контрадикторног поступка и једнакости „оружја“ и уграђеним „адекватним заштитним механизмима који штите интересе оптуженог.“⁸⁷⁶ Поједини примери алтернативних, компензаторних механизма да се права одбране што више поштују су „посебни бранилац“ у Уједињеном Краљевству (*“special counsel” procedure*), постављање питања од стране судије у већу, која је бранилац желео да постави сведоку у вези поверљивих информација чије би

⁸⁷³ *Doorson v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 20524/92, 26 March 1996, para 72

⁸⁷⁴ *Edwards and Lewis v. The United Kingdom*, ECtHR, App. nos. 39647/98, 40461/98, Grand Chamber, 27 October 2004, para 46; *Fitt v. The United Kingdom*, ECtHR, App. 29777/96, 16 February 2000, para 37–50.; *Rowe and Davis v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 28901/95, 16 February 2000, para 53 – 67

⁸⁷⁵ Гос налази да „оно што било каквој доктрини уравнотежења треба да би обезбедила адекватну смерницу и оно што судској пракси Суда недостаје јесте смисао како да се утврди да ли је мера уравнотежења адекватно елиминисала довољно недостатка тако да није дошло до кршења и како одредити која тежина треба да се припише било ком јавном интересу за доношење те одлуке.“ Поменути аутор примећује да се чини да се ЕСЉП ослањао на факторе уравнотежења који су већ предмет гаранција из члана 6 Конвенције. Вид.: R. Goss, стр. 143., стр. 146.

⁸⁷⁶ *Edwards and Lewis v. The United Kingdom*, ECtHR, App. nos. 39647/98, 40461/98, 22 July 2003, para 59

откривање одбрани угрожавало јавни интерес.⁸⁷⁷ Ограничења у виду неоткривања доказа, односе се како на *усмене изјаве*, тако и на *писане доказе*.

Директива ЕУ 2012/13 о праву на информацију, указује да одбијање и одлагање права на увид у списе предмета не сме да угрози правичност поступка, а да ограничење изриче или преиспитује суд. Разлози ограничења су озбиљне претње по живот или основна права других особа и неопходност заштите важног јавног интереса (неугрожавања спровођења истраге или спречавања озбиљне штете по националну безбедност).⁸⁷⁸

3.1. Угрожавање права сведока

Разлог за ограничење права одраз јепотребе да се заштити сведок од ризика од одмаздебог давања исказа.⁸⁷⁹ Цени се да ли постоји „оправданост личног страха сведока“ „објективна оправданост потребе за заштитом“ као добар разлог за заштиту.⁸⁸⁰

Законик о кривичном поступкурелевантан ризик, у члану105 став 1, одређује као опасност по живот, здравље, слободу или имовину већег обима сведока и њему блиског лица. Мера посебне заштите којом се ограничава право на одбрану је ускраћивање података о истоветности субјектима у функцији одбране, примењива под рестриктивнијим и изузетнијим условима и временски ограничена.

Судија за претходни поступак, по службеној дужности или на захтев јавног тужиоца или сведока, цени према члану 106 ЗКП и одлучује да ли су најважнија добра ових лица, живот, здравље или слобода у тој мери угрожена да овакво ограничење правдају и да је сведок веродостојан.⁸⁸¹ Истоветност се открива најкасније петнаест дана пре почетка главног претреса. Дозвољено је задржавање анонимности само ако се изузетно прикривени испитник испитује као сведок (потпуна анонимност), уз захтев да се пресуда искључиво или одлучујућој мери не заснива на његовом исказу.

За начело једнакости „оружја“ важно је да ли се анонимно сведочење може „разумно сматрати оправданим“, те да сесубјектима у функцији одбране не спречава тестирање

⁸⁷⁷ *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, ECtHR, App.44787/98, 21 December 2001, para 71

⁸⁷⁸ Европски суд за људска права користи израз „превише осетљив доказ“, „осетљив материјал“, односно материјал који није у јавном интересу да се открије због своје осетљивости.

⁸⁷⁹ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 159

⁸⁸⁰ *Visser v The Netherlands*, ECtHR, App. no. 26668/95, 14 February 2002, para 47; *Scholer v. Germany*, ECtHR, App. no. 14212/10, 18 December 2014, final on 18/3/2015, para 56

⁸⁸¹ У Резолуцији Савета Европе, усвојеној на 16. Међународном Конгресу за кривично право, прописани су услови за коришћење анонимних сведока у кривичном поступку: 1. *озбиљне претње* које морају бити јасне и непосредне 2. *осуда се не може заснивати само на анонимном сведочењу* 3. *судији познат идентитет* пре или у току суђења 4. *судија одлучује* да ли сведок може да сведочи, а да задржи анонимност 5. *судија мора да оцени кредибилитет сведока*; 6. одбрана мора да има *адекватна средства за постављање питања* анонимним сведоцима и да учествује у таквим испитивањима. José Luis de la Cuesta, Isidoro Blanco Cordero, “Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926 – 2004)”, *International Association of Penal Law (AIDP/IAPL)*, Vol. 86, 1/2, 2015, стр. 397.,

доступно на <http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf>, приступљено 10. септембра 2019.

поузданости анонимног сведока.⁸⁸² Опасности по одбрану, у погледу анонимних сведока, огледају се у непознавању појединости које би омогућиле да се докаже да се ради о лицу које је прејудицирано, непријатељско или непоуздано.⁸⁸³ Ограничења треба да буду таква да се нађе „права равнотежа између интереса друштва у целини, интереса оптуженог и интереса сведока.“⁸⁸⁴

Када су у питању посебно осетљиви сведоци, окривљеном се не мора омогућити суочење са сведоком оптужбе односно директно испитивање сведока, али му се мора омогућити да присуствује испитивању сведока преко аудио – визуелног снимка, те да поставља питања сведоку путем посредника.⁸⁸⁵ Законик о кривичном поступку прописује гаранције права на одбрану. Јавни тужилац у истрази доноси решење о одређивању статуса посебно осетљивог сведока за лица која лична својства (узраст, животно искуство, начин живота, пол, здравствено стање) и околности дела (начин извршења, последице односно друге околности случаја) чине посебно осетљивим. Мере ограничења права на одбрану из члана 104 ЗКП прописане су уз примену процесних мера уравнотежења: *испитивање сведока преко посредника* (органа поступка), уз помоћ стручног лица; испитивање без присуства окривљеног и других учесника у поступку уз заштиту путем *употребе техничких средстава за пренос слике и звука* и забрана суочења осим уколико окривљени захтева, а орган поступка дозволи, након оцене степена осетљивости сведока и водећи рачуна о правима одбране.

Примена мера уравнотежења треба да задовољи захтев да се одбрани пружи прилика да поставља питања сведоку у истрази, нарочито ако се има у виду да када су у питању рањивисведоци, посебно деца, постоји могућност да се неће моћи испитати на главном претресу или да се након протекла времена доводи у питање веродостојност њиховог исказа.⁸⁸⁶ Специфичне особине имају кривични поступци чији су предмет кривична дела против полне слободе, у којима конкурентни значај са правима одбране има право на поштовање приватног живота жртве, па се мора наћи одговарајућа равнотежа између мера за заштиту жртве и мера ради адекватног и ефективног обезбеђивања права на одбрану.⁸⁸⁷ Посебан фактор уравнотежења је и приступ суда приликом оцене доказа. Треба узети у обзир и да ли је суд могао да посматра понашање испитаног сведока ради формирања властитог утиска о његовој поузданости и да ли постоји у овом смислу прикладна замена за лично изношење запажања сведока и њихово усмено сведочење пред судом, као што је постојање видео снимка саслушања.⁸⁸⁸

Посебан вид ограничења права на одбрану примењује се ако истрагу води јавно тужилаштво посебне надлежности. Законодавац је у члану 300 став 2 ЗКП, настојао да задовољи захтеве ефикасности доказивања и заштите сведока, имајући у виду да се поштовање права окривљеног на испитивање сведока оптужбе цени према кривичном поступку у целини. Предвидео је изузетак од позивања и присуства осумњиченог и његовог

⁸⁸² *Krasniki v. The Czech Republic*, ECtHR, App. no. 51277/99, 28 February 2006, final on 28/5/2006, para 76; *Visser v The Netherlands*, ECtHR, App. no. 26668/95, 14 February 2002, para 47

⁸⁸³ *Костовски против Холандије*, ЕСЈП, број 10/1988/154/208, 25. октобар 1989., пар. 42.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, пар. 44.

⁸⁸⁵ Е. Ivičević Karas, „Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspect načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku (u povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Kovač protiv Hrvatske)“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 14/2007, стр. 1014.

⁸⁸⁶ *Rosin v. Estonia*, ECtHR, App. no. 26540/08, 19 December 2013, final on 14/4/2014, para 60

⁸⁸⁷ Вид.: *S.N. v. Sweden*, ECtHR, App. 34209/96, 2 July 2002, final on 2/10/2002, para 47

⁸⁸⁸ *Bocos – Cuesta v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 54789/00, 10 November 2005, final on 10/2/2006, para 71

браниоца испитивању сведока, применом најрестриктивније мере – неприсуствовања одбране, ако надлежни јавни тужилац оцени да њихово присуство може да утиче на сведока, уз ограничење да судска одлука не може да се заснива искључиво или у одлучујућој мери на том исказу. Није уређен поступак одлучивања, заснован на оцени неопходности примене мере, односно на разматрању да ли су блаже мере биле одговарајуће, а полазећи од значаја „правичног управљања правдом“.⁸⁸⁹

На овај начин прихвата се издвојени став из раније судске праксе ЕСЈП у погледу могућности коришћења исказа из фаза поступка које претходе суђењу. У случају „ослањања на сведочење сведока које није изведено пред првостепеним судом, члан 6 став 3 (д) Конвенције само захтева могућност унакрсног испитивања тих сведока у *ситуацијама када сведочење има главну или одлучујућу улогу у обезбеђивању осуђујуће пресуде*“.⁸⁹⁰ Међутим, законско решење отвара низ теоријских и практичних питања, пре свега потребе увођењановог ограничења права на одбрану у нормативном амбијенту заштите сведока и интереса поступка другим мерама, као и (не)могућност разматрања записника о испитивању сведока.

У правној теорији запажа се да је у условима софистицираног криминалитета „све већа оскудица материјалних доказа или његово потпуно одсуство, да лични докази постају главни докази у поступцима тешког криминала, а да су све присутније појаве застрашивања сведока и ова доказна средства су све ређа и све мање поуздана“.⁸⁹¹ Традиционални одговор на застрашивање је одређивање притвора према окривљеном и прописивање кривичних дела.⁸⁹²

Ако се прихвати да је намера законодавца несметано вођење поступка, спорно је због чега се овај вид ограничења примењује на браниоца. Са друге стране, ако у конкретном случају постоји потреба да се заштити сведок, јавни тужилац је овлашћен да поднесе захтев да му суд одреди статус заштићеног сведока, те да се у складу са статусом примене блаже или теже мере. Није ретка појава управо у поступцима чији је предмет организовани криминал да сведок неће да да исказ на суђењу из страха за своју безбедност. Ускраћивање разматрања осумњиченом и браниоцу записника о испитивању сведока није законски регулисано у предметној одредби нити међу правилима о упознавању са прикупљеним доказима.⁸⁹³

Закључујемо на основу свега наведеног и формулације овог ограничења да је његов циљ уједнозаштита сведока и несметано вођење кривичног поступка (заштита јавног

⁸⁸⁹ О примени критеријума ограничења права на одбрану вид.: *Van Mechelen and others v. The Netherlands*, ECtHR, App. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23 April 1997, para 49 – 65

⁸⁹⁰ *Visser v The Netherlands*, ECtHR, App. no. 26668/95, 14 February 2002, para 45; *Krasniki v. The Czech Republic*, ECtHR, App. no. 51277/99, 28 February 2006, final on 28/5/2006, para 78

⁸⁹¹ Татјана Лукић, „Откривање и доказивање трговине људима и међународна сарадња у борби против трговине људима“, *Трговина људима – правно – безбедносни аспекти* (ур. Љубомир Стајић, Татјана Лукић), Правни факултет у Новом Саду, Правна клиника за борбу против трговине људима, Нови Сад 2012, стр. 185.

⁸⁹² Вид. S. Maffei, стр. 48.

⁸⁹³ Запажамо да Правилник о управи у јавним тужилаштвима одобрење јавног тужиоца за разматрање списка на општи начин условљава и интересима редовног одвијања поступка, али се Правилник не може применити мимо оквира Законика о кривичном поступку, због чега је потребан и изричит законски основ. Вид.: члан 65 став 2 Правилника о управи у јавним тужилаштвима, *Службени гласник РС*, бр. 110, од 28. децембра 2009, 87 од 19. новембра 2010, 5 од 25. јануара 2012, 54 од 31. маја 2017, 14 од 23. фебруара 2018, 57 од 9. августа 2019.

интереса), као и да се „покрију“ случајеви у којима применом осталих законом предвиђених мера не може да се оствари жељени циљ. На први поглед, реч је о новом основу за упознавање са садржином записника из истраге, који није своје место нашао у члану 406 ЗКП. Ипак, циљним и системским тумачењем налазимо да је основ за примену овог ограничења управо у члану 406 ЗКП. Заснивање пресуде на исказу захтева да постоји *оправдан разлог* за примену ове мере ограничења, те да мера има *ultima ratio* карактер.⁸⁹⁴ Законик установљава, у члану 236 став 1, и дужност органа поступка да примени меру тонског снимања испитивања сведока када је реч окривичним делима за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности.

3.2. Заштита јавног интереса

Заштита јавног интереса подразумева заштиту интереса ефикасности истраге, друштвене заједнице и тајности података у истрази. У пракси ЕСЉПсуштински се прихвата појам „имунитет јавног интереса.“⁸⁹⁵ Захтев „имунитет јавног интереса“, који се истиче у енглеском праву, подразумева да суд мора да процени да ли у конкретном случају постоји „осетљив материјал“ који оправдава неоткривање доказа, те важност да се судећи судија обавести ако није откривен доказ позивањем на овај разлог, јер цени интерес одбране.⁸⁹⁶ Европски суд за људска права налази да се „осетљив материјал“ цени према садржини, а не само према врсти материјала.⁸⁹⁷

Значај могућности оспоравања одбране за одлучивање суда, у Енглеској је био изражен у смерницама судске праксе за постављање „посебног браниоца“ који ће бити упознат са предметним материјалом.⁸⁹⁸ У правној теорији САД указивало се на фактичке аргументе против потпуног откривања доказа у кривичном поступку. Окривљени може да прибави лажно сведочење да би поставио лажну одбрану, да поткупи или заплаши сведоке државе да би лажно сведочили или да буду недоступни за сведочење.⁸⁹⁹

У стразбуршкој пракси акценат је на критеријуму успостављања правичне равнотеже између супротстављених интереса. Право на откривање доказа може да се ограничи ради остваривања легитимног циља, „заштите националне безбедности, рањивих сведока или извора информација.“⁹⁰⁰ Осигурање извора информација у вези је са чувањем тајних

⁸⁹⁴ Интересантно је да се примети да управо мера забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посећивања одређених места из члана 197 ЗКП као материјални услов за примену предвиђа апстрактну опасност (могућност) ометања поступка утицајем на сведоке. Свакако да ово језичко повезивање није оправдано, јер примена законског ограничења из члана 300 став 2 ЗКП због последица које може да проузрокује (повреда начела правичности) захтева крајње поштртен услов, „конкретну опасност“ за најважнија добра сведока.

⁸⁹⁵ У *Common Law* користи се институт имунитет јавног интереса (*Public interest immunity*), као ограничење откривања доказа.

⁸⁹⁶ A. Ashworth (2005), стр. 246.

⁸⁹⁷ *Mirilashvili v. Russia*, ECtHR, App. no. 6293/04, 11 December 2008, final on 5/6/2009, para 206

⁸⁹⁸ *Ibid.*, para 247

⁸⁹⁹ Y. Kamisar, W. R. LaFave, J. H. Israel, стр. 1009.

⁹⁰⁰ *Fitt v. The United Kingdom*, ECtHR, App. 29777/96, 16 February 2000, para 38

полицијских метода кривичне истраге.⁹⁰¹ Јавни интерес повезује се са интересом истраге и спречавањем утицаја осумњиченог на доказе, те озбиљном претњом по националну безбедност.⁹⁰²

Признаје се потреба да се кривична истрага спроводи ефикасно, што може да подразумева да се део сакупљених информација током времена чува као тајна ради спречавања да осумњичени „недозвољено утичуна доказе и нарушавају ток правде“, док се граница поштовања права на одбрану огледа у томе да информације, које су од суштинског значаја за процену законитости притварања лица, треба да буду доступне на одговарајући начин адвокату осумњиченог.⁹⁰³

Притвором се спречава окривљени да оствари контакт, дође у посед доказа, пре него што се исти прикупе у фази истраге.⁹⁰⁴ Правона приступ списима предмета не може се ограничити тако да спречава браниоца да преиспитује законитост и правилност одлучивања о притвору.⁹⁰⁵

Поступање са тајним материјалом прописује се Законом о кривичном поступку у делу о посебним доказним радњама (чл. 161–187 ЗКП). Неоткривање истоветности сведока и на главном претресу (потпуна анонимност) односи се на прикривеног иследника (члан 187 ЗКП). Извештаји и материјали (снимци, писма, пошиљке, оптички, тонски електронски записи, подаци који су претражени и обрађени, прикупљена документација и прибављени докази) достављају се директно и најпре судији за претходни поступак. Мимо ових случаја, Законик не садржи опште услове за ограничењеразматрања списа у истрази, већ начелно дозвољава одбрани разматрање списа и разгледање предмета након предузимања доказне радње саслушања окривљеног.⁹⁰⁶ Из целокупног уређења кривичног поступка произлази да

⁹⁰¹ Правна теорија указује да откривање идентитета прикривеног иследника „ономогућава распоређивање у иста или слична окружења и на дуге стазе утиче на могућност полиције да спроводи тајне истраге.“ Вид.: S. Maffei, стр. 98.

⁹⁰² Директива ЕУ 2012/13 о праву на информацију у кривичном поступку од 22. маја 2012. године, у члану 7, наводи да приступ одређеним материјалима може да буде одбијен уколико је одбијање „*строго неопходно за заштиту важног јавног интереса*“, као што је случај када би приступ могао да „*предодређује истрагу*“ или „*озбиљно нанесе штету националној безбедности државе*.“

Европски суд за људска права прихвата реалистички приступ, показујући спремност да узме у обзир практичне потребе истрага. О томе: P. Lemmens, стр. 309.

⁹⁰³ *Chruscinski v. Poland*, ECtHR, App. no. 22755/04, 6 November 2007, final on 6/2/2008, para 56

Закон о кривичном поступку Савезне Републике Немачке, сагласно са тумачењем Конвенције, изричито прописује да се у случају ускраћивања увида у списе/поједини део списа и њиховог прегледа, браниоцу има дозволити увид у списе, информације уколико су од значаја за основаност лишења слободе (§ 147 (2) StPO).

⁹⁰⁴ Анализира се да у случају *Mamedova v. Russia*, ECtHR, 7064/05, 1 June 2006, Суд прихвата да би се у почетним фазама истраге, опасношћу од мешања у спровођење правде у погледу подносиоца могло правдати његово задржавање у притвору, али након што су докази прикупљени, основ постаје небитан.

Вид.: Ц. Мекбрајд, стр. 61 – 62.

⁹⁰⁵ *Lietzow v. Germany*, ECtHR, App. no. 24479/94, 13 February 2001, para 44; *Migon v. Poland*, ECtHR, App. no. 24244/94, 25 June 2002, final on 25/9/2002, para 79

⁹⁰⁶ У делу у којем се регулише разматрање списа (чл. 250 – 251 ЗКП), Законик не дозвољава разматрање, копирање или снимање појединих списа који имају ознаку степена тајности, а начелно даје право осумњиченом који је претходно саслушан по одредбама о саслушању окривљеног и његовом браниоцу да разматрају списе и разгледају прикупљене предмете који служе као доказ. Једино изричито ограничење у истрази прописано је у одредби члана 303 став 1 ЗКП које важи док се не саслуша последњи доступан осумњичени. За разлику од Законика, Правилник о управи у јавним тужилаштвима прописује да је

притвор није од утицаја на право браниоца да буде обавештен о предузимању доказне радње испитивања сведока, у односу на кога постоји опасност од доказне опструкције из члана 211 став 1 тачка 2 ЗКП, те да истој присуствује, као и да му се омогући увид у записник о испитивању и његово копирање.

У регионалном законодавству налазимо на пример детаљнијег регулисања приступа списима који директно следе ставове ЕСЉП. Право БиХ/ФБиХ/БД БиХ/РС, дозвољава ограничење браниоца да разматра списе и разгледа предмете који иду у корист осумњиченом, ако је тиме доведен у *опасност циљ истраге* истовремено прописујући дужност тужиоца да суду уз предлог за одређивање притвора достави и доказе битне за процену законитости притвора и ради обавештавања браниоца.⁹⁰⁷ Најпотпуније и систематичније регулисање ограничења права на приступ списима је у хрватском законодавству. На једном месту предвиђају се разлози за ограничење (угрожавање сврхе истраге – онемогућавање или отежавање прикупљања важног доказа; угрожавање живота, тела и имовине великих размера; посебно тешка кривична дела), уређује поступак одлучивања (одлучивање решењем државног тужиоца о ограничењу, без обавештења окривљеног о разлозима; право на жалбу судији истраге; временска лимитираност ограничења – 30 дана од достављања решења о спровођењу истраге) и забрана ограничења окривљеном увида у део списка предмета који је релевантан за оцену постојања услова за одређивања притвора (члан 184 а ЗКПХ).

Формалном истрагом против непознатог учиниоца, чији резултати, ако су испуњени услови из одредбе члана 406 ЗКП, могу да буду основ за пресуду, грубо се вређају права окривљеног на одбрану⁹⁰⁸ и начело једнакости „оружја“. Оправданост незнања окривљеног да се против њега води истрага условљава се у регионалном законодавству временским ограничењем и природом и тежином кривичног дела које је предмет поступка, из којих произлази јавни интерес за ограничење.⁹⁰⁹

4. Право на присуство доказним радњама у истрази

Европски суд за људска права у бројним пресудама утврдио је повреду члана 6 Конвенције, у случају осуде засноване на исказу лица датих пред јавним тужиоцем, које окривљени и његов бранилац нису имали прилику у било којој фази да испитају. Основни предуслов за право на испитивање сведока, као минимално право окривљеног из члана 6 став 3 тачка д) Конвенције присуство је доказним радњама. Потребно је имати у виду и да члан 6 став 3 тачка ц) Конвенције не захтева да држава предузме иницијативу да позове браниоца окривљеног да буде присутан приликом саслушања у циљу истраге.⁹¹⁰

одобрење за разматрање условљено фазом поступка и интересима редовног одвијања поступка (члан 65 став 2 Правилника).

⁹⁰⁷ члан 47 став 1 и 2 ЗКР БиХ, члан 61 став 1 и 2 ЗКР ФБиХ, члан 47 став 1 и 2 ЗКР БД БиХ, члан 55 став 1 и 2 ЗКР РС

⁹⁰⁸ У стручној литератури се опомиње да окривљени не може да оствари „право на предлагање споровођења доказних радњи, право на разгледање списка, право на предлагање доказних радњи“, те да се тиме крши „право окривљеног на приступ суду и право на разуман рок.“ Вид.: Ј. Тинтор (2018), стр. 87.

⁹⁰⁹ У хрватском праву одлаже се достављање решења о спровођењу истраге највише за тридесет дана ако се истрага води за кривична дела против државе и против њених оружаних снага, кривична дела тероризма и злочиначног удруживања (члан 218 а став 1 ЗКПХ).

⁹¹⁰ David Harris *et al.*, стр. 314.

Рано југословенско законодавство садржало је снажне инквизиторске елементе у истрази.⁹¹¹ Присуство осумњиченог и браниоца предузимању доказаних радњи у истрази добија на значају у контексту могућности заснивања пресуде на доказима из истраге, а нарочито ако се узму у обзир три основа из члана 406 ЗКП: 1. испитана лица умрла, душевно оболела или недоступна, њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан (старост, болест или други важни разлози); 2. сведок или вештак без законског разлога неће да да исказ на главном претресу; 3. исказ саоптуженог према којем је кривични поступак раздвојен или је окончан правноснажном осуђујућом пресудом. У корелацији са правом на присуство питање је ограничења права субјеката у функцији одбране да се упознају са тужилачким доказима.

4.1. Право браниоца на присуство саслушању осумњиченог

Саслушање осумњиченог спроводи јавни тужилац или полиција, у случају да јавни тужилац ову доказну радњу повери полицији. Законик о кривичном поступку не одређује када осумњичени мора да буде испитан у односу на доношење наредбе о спровођењу истраге нити дужност да се саслуша пре доношења наредбе о спровођењу истраге.

Правичност захтева да окривљени има корист од помоћи адвоката већ у почетној фази полицијског испитивања.⁹¹² Право на приступ браниоцу подразумева прописивање и ефективно остваривање низа права осумњиченог и браниоца.⁹¹³ Присуство браниоца је важно, јер се исказ окривљеног може користити као доказ против њега у кривичном поступку. Ипак, право на браниоца примењује се независно од позивања на одбрану ћутањем. На основу прописане казне за кривично дело за које се спроводи истрага, важи обавезна одбрана. Додатна заштита је у истрази за кривична дела посебне надлежности. Саслушање окривљеног обавезно се тонски снима (члан 236 став 1 ЗКП). Када је реч о доказним радњама пре оптужења у скраћеном поступку, битно је да се окривљени недвосмислено одрекао права на браниоца.

Законик о кривичном поступку штити право приступа браниоцу пре свега правом окривљеног да ангажује браниоца по свом избору, из члана 85 став 3 ЗКП, и правом окривљеног који је лишен слободе, из члана 69 став 1 тачка 2 ЗКП, на поверљив разговор са браниоцем пре него што буде саслушан, те истовременим правом браниоца из члана 71 став 1 тачка 1 ЗКП. У поверљивом разговору бранилац уопштено треба да упозна окривљеног са правима и дужностима браниоца, чињенично и правно да му објашњава дело које је предмет оптужбе (садржај кривичне пријаве, битна обележја кривичног дела, запрећену казну, олакшавајуће околности), судску праксу, те процесна права.⁹¹⁴ Бранилац има право из члана

⁹¹¹ Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године садржао је велика ограничења права окривљеног у претходном кривичном поступку. Окривљени није могао да присуствује саслушању сведока у фази истраге. Разматрање записника о испитивању сведока дозвољено је било ускратити браниоцу ако интерес кривичног поступка то захтева. Међутим, странке и бранилац су могли да присуствују испитивању сведока, ако је постојала *вероватноћа да сведоци неће моћи да дођу на главни претрес*.

⁹¹² *Panovits v. Cyprus*, ECtHR, App. no. 4268/04, 11 December 2008, final on 11/3/2009, para 66

⁹¹³ У литератури се запажа да ЕСЉП формулише општи принцип према коме да би право на правично суђење било довољно “практично и ефективно“, по правилу, „приступ адвокату треба да се обезбеди још од првог саслушања осумњиченог.“ Вид.: С. Arangüena Fanego (2012b), стр. 275.

⁹¹⁴ У вези комуникације између окривљеног и браниоца по службеној дужности, адвокатска пракса даје смернице које одражавају настојање браниоца да успостави однос поверења са окривљеним и то у виду описане структуре разговора. Вид.: Владимир Бељански *et. al.*, *Водич за браниоце по службеној дужности*,

71 став 1 тачка 2 ЗКП да непосредно пре првог саслушања осумњиченог прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака.

Окривљени има право, из члана 68 став 1 тачка 4 ЗКП, да његовом саслушању присуствује бранилац.⁹¹⁵ „Посебна рањивост окривљеног у фази кривичне истраге надокнађује се присуством браниоца чији је задатак и да обезбеди поштовање привилегије против самооптуживања и спречи примену недозвољених метода прибављања доказа противно вољи окривљеног.“⁹¹⁶

Браниочево право из члана 71 став 1 тачка 3 ЗКП је да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ. На основу члана 300 став 8 ЗКП, има право да предложи јавном тужиоцу да поставља питања, те да по дозволи јавног тужиоца непосредно постави питања и предлаже доказе, а на основу члана 300 став 1 и 3 ЗКП да буде обавештен и да присуствује доказним радњама испитивања сведока или вештака, увиђају.

Од суштинског значаја заправо на приступ браниоцу је да држава обезбеди делотворно остваривање права, односно делотворне механизме надзора над поштовањем овог права, као и последице у случају кршења зајемчених права.⁹¹⁷

4.2. Саслушање других осумњичених у истрази

Законик о кривичном поступку не одређује изричито да се осумњичени и бранилац обавештавају о саслушању других осумњичених. Раније важећи ЗКП предвиђао је да саслушани саокривљени и његов бранилац могу да присуствују саслушању окривљеног, те дужност обавештавања истражног судије, осим ако постоји опасност од одлагања.⁹¹⁸

О предузимању радње саслушања других осумњичених је правна празнина. У пракси се тумачи различито, да браниоци немају право да присуствују овој доказној радњи,⁹¹⁹ да јавни тужилац од случаја до случаја цени целисходност обавештавања браниоца односно дозвољавања браниоцу да присуствује радњи, с обзиром на садржину члан 303 став 1

Хелсиншки одбор за људска права у Републици Српској 2016, стр. 11 – 12., доступно на: <https://helcommrs.org/index.php/akcije>, приступљено 15. септембра 2019.

⁹¹⁵ Стразбуршка пракса нарочито је анализирао да ли је прописано право на приступ браниоцу приликом полицијског испитивања у случају лишења слободе. Полазећи од ставова изражених у случају *Salduz v. Turkey*, ЕСтНР, App. no. 36391/02, Grand Chamber, 27 November 2008, ЕСЉП је нашао да је „систематско ограничење права, на основу одговарајућих законских одредби, довољно само по себи да се утврди повреда члана 6 Конвенције, без обзира на чињеницу да се окривљени бранио ћутањем приликом полицијског испитивања.“ Вид.: *Dayanan v. Turkey*, ЕСтНР, App. 7377/03, 13 October 2009, final on 13/1/2010, para 33

⁹¹⁶ Вид.: *Salduz v. Turkey*, ЕСтНР, App. no. 36391/02, Grand Chamber, 27 November 2008

⁹¹⁷ Е. Ivičević Karas, Zoran Burić, Marin Bonačić, стр. 40 – 41.

⁹¹⁸ члан 251 став 1 и 5 ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010

⁹¹⁹ У поступку по притужби због неправилности у току истраге, налазимо тумачење суда да „из одредбе члана 300 став 1 ЗКП произилази да саслушању осумњиченог не могу присуствовати саокривљени који је саслушан и његов бранилац, те да је правилно поступио заменик јавног тужиоца када је ускратио браниоцу саслушаног осумњиченог да присуствује саслушању другог осумњиченог.“ Из решења Првог основног суда у Београду Кппр 779/17 од 8.1.2018. године, прибављеног у Првом основном суду у Београду.

ЗКП,⁹²⁰ а ређе да браниоци по правилу имају право обавештавања и присуства. Одсуство регулисања узрокује најпре дилемеу поступку контроле оптужнице о дозвољеним ограничењима права на одбрану, темогућности коришћења исказа других осумњичених прибављених уз примену ограничења, као доказа на којима се темељи решење о потврђивање оптужнице.

Јавни тужилац је, на основу члана 300 став 4 ЗКП, дужан да обавести браниоца о доказним радњама, али сеу члану 300 ЗКП помињу само доказне радње испитивања сведока, вештака и увиђај. Међутим, Законик саслушање окривљеног сврстава у доказне радње (члан 85 ЗКП) и овлашћује у истрази лица која присуствују доказним радњама да поставе питања осумњиченом (члан 300 став 8 ЗКП), што оставља простор за другачије размишљање.⁹²¹

Ако се има у виду да се ограничење права на одбрану када је реч о кривичним делимаза која је одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности примењује у односу на доказну радњу испитивања сведока (члан 300 став 2 ЗКП), може се закључити и да је намера била да се ограничење права на обавештење и присуство дозволи и за саслушање саосумњиченог. Ово тумачење поткрепљујечиињеница да изричито није установљено право саслушаног осумњиченог и његовог браниоца да присуствујусаслушању другихосумњичених у поступку.

Осим тога, појам сведок аутономносе тумачи у стразбуршкој пракси.⁹²² Гаранција из члана 6 став 3 (д)обухвата и ауторе других типова изјава на које се примењује право на конфронтацију (суочење) и које суд користи као доказ против окривљеног.⁹²³ Шире тумачење ограничења права на одбрану у циљу трагања за истином, само по себи није противно захтевима Конвенције. У погледу поштовања начела једнакости „оружја“, битни су ефекти ограничења у конкретном кривичном поступку у целини. Окривљеном треба да се пружи адекватна и права прилика да преиспитује исказ саокривљеног (нпр. на доказном

⁹²⁰ Из предмета Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 4/17 произлази да је основно јавно тужилаштво обавестило браниоца саслушаног првоосумњиченог да је *процена* тужилаштва да је, док последњи осумњичени не да свој исказ, тужилаштво у обавези само да позове браниоца несаслушаног осумњиченог. Бранилац је упућен да ако сматра да је одлука *неправилна*, изјави приговор надлежном вишем јавном тужилаштво. Поменуто је наведено и у решењу Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 4/17 од 24.11.2017. године, непосредан увид у Вишем јавном тужилаштво у Београду.

⁹²¹ Примењујемо да се према Директиви ЕУ 2013/48 од 22. октобра 2013. године, право на приступ браниоца доказним радњама *пре суђења* односи на саслушање осумњиченог, радњу препознавања, *суочења* и реконструкцију лица места. Ограничења права на приступ браниоца рестриктивна су и захтевају постојање једног од два разлога: 1. *неопходно* потребно да се избегну озбиљне негативне последице по живот, слободу и физички интегритет; 2. потребна хитна радња истражних органа да би се избегла *сушинскаопасност по кривични поступак*. Појам суочења могао би да обухвати суочење са саокривљеним и сведоком, иако се у истрази по правилу не спроводи суочење карактеристично за главни претрес, као и што реконструкција места злочина треба да обухвати и увиђај.

⁹²² У случају *Lucà v. Italy*, ЕСтHR, App 33354/96, 27 February 2001, final on 27/5/2001, para 41 – 45, ЕСЉП позива се на аутономно значење појма „сведок“. Налази да су домаћи судови осудили подносиоца представке искључиво на основу изјава *које је дао саокривљени пре суђења*, а да ни подносиоцу представке нити његовом адвокату није дата могућност у било којој фази поступка да га испитају, чиме је дошло до повреде члана 6 став 1 и 3 (д) Конвенције. Саоптужени се бранио ћутањем, па је подносилац представке био спречен да га подвргне испитивању. Изједначење исказа саокривљеног са исказом сведока заснива се на томе што је такав исказ био доказ тужиоца који је био основ осуђујуће пресуде, те су се на њега примењивале гаранције из поменутих одредаба.

⁹²³ S. Maffei, стр. 95.

рочишту)⁹²⁴, односно да му поставља питања у каснијој фази поступка, ако је такав исказ искључиви или одлучујући доказ.

Право на упознавање осумњиченог и његовог браниоца са списима предмета, након што осумњичени буде саслушан произлази из одредби члана 251 став 1 ЗКП и члана 303 став 1 ЗКП. У делу који уређује разматрање списа, нису прописана ограничења права на одбрану (осим када се ради о тајним подацима). Једино ограничење примењиво у истрази одређено је у члану 303 став 1 ЗКП, истовремено са правилом да осумњичени и његов бранилац имају право да се упознају са прикупљеним доказима. Разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ може да се одложи док јавни тужилац не саслуша последњег доступног осумњиченог.

Међуправилима о истрази, недостаје посебно регулисан поступак разматрања списа.⁹²⁵ С обзиром на то да је право на разматрање списа једно од основних права окривљеног у вези довољне и праве прилике за припрему одбране, као и да Законик прописује надзор над спровођењем истраге инициран приговором због неправилности током истраге, сваки облик ограничења овог права захтева формално одлучивање образложеним решењем. Поступак одлучивања додатно добија на значају ако се има у виду да се наведени изузетак тумачи и тако да подразумева недозвољавање саслушаном осумњиченом и његовом браниоцу да присуствују саслушању другог осумњиченог.⁹²⁶

Примећујемо да окривљени и браниоци након завршене истраге оспоравају коришћење исказа саокривљеног, према коме је поступак раздвојен, дат пред замеником јавног тужиоца без обавештавања и присуства браниоца саслушаног окривљеног, на основу кога се закључи споразум о признању кривичног дела, те донесе пресуда. Поводом испитивања оптужнице, из судске праксе издвајамо став: „Наводи су у суштини преурањени и нису релевантни за ову фазу поступка.“⁹²⁷ Упушта се у разматрање са аспекта права на правично суђење, позивањем на надлежност судећег већа да цени предложене доказе и да се остваривање права окривљеног сагледава према кривичном поступку у целини.⁹²⁸ Преурањено

⁹²⁴ У кривичном поступку Италије заснованом на адверзијалним основама, примењује се у тужилачкој истрази гаранција права на одбрану и начела непосредности. Државни тужилац и осумњичени могу да захтевају посебно доказно рочиште пред судом (*incidente probatorio*) ради „саслушања осумњиченог о чињеницама које се односе на кривичну одговорност других лица“ (Articolo 392 (1 c) ССР).

⁹²⁵ Према општим одредбама о условима за разматрање списа које се односе на лица која имају оправдани интерес из члана 250 ЗКП, дозволу даје јавни тужилац, а доношење решења о ускраћивању и условљавању разматрања списа предвиђено је искључиво у ситуацији искључења јавности или могућности теже повреде права на приватност. Одредбе члана 251 ЗКП – а, које се односе на разматрање списа и разгледање предмета од стране осумњиченог и његовог браниоца, прописују право субјеката у функцији одбране и не садрже одлучивање о ускраћивању и ограничавању права.

⁹²⁶ Шире тумачење донекле је и последица запажања неповољнијег положаја осумњиченог који је последњи саслушан у односу раније саслушане осумњичене. Бранилац последњег осумњиченог не би могао да буде присутан саслушањима осталих осумњичених који су претходно саслушани.

⁹²⁷ Наводи се своде у суштини на оцену исказа саокривљеног, а кривично ванпретресно веће налази да није надлежно да их цени. „Одбрана окривљеног и анализа других доказа биће предмет оцене већа на главном претресу, у контрадикторном поступку, у коме ће окривљени сходно начелу расправности на главном претресу имати право да расправља о свим доказима у списима предмета, да износи чињенице и околности које му иду у прилог, да поставља питања, да даје објашњења.“ Из решења Првог основног суда у Београду К бр. 160/17 – Кв 131/17 од 24.2.2017. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

⁹²⁸ „Задовољење захтева, у смислу члана 32 Устава РС и члана 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, односи се на кривични поступак у целини, те се задовољење права окривљеног односи на целокупан кривични поступак.“ Одлучивањем у овој фази поступка не задира се у евентуално каснија процесна својства саокривљеног „с обзиром да се на главном претресу поново изводе докази на

одлучивање доводи се у везу са значајем доказа за исход поступка и са постојањем и „довољности примењених мера уравнотежења током целокупног поступка.“⁹²⁹ Осим тога, основна функција доказа из истраге је да „послуже утемељењу оптужнице.“⁹³⁰ Врховни касациони суд примедбе „оне могућавања окривљеном да расправља о доказима који су изведени током поступка“, раздваја од питања недозвољеног доказа.⁹³¹

4.3. Право на обавештење о предузимању доказних радњи

Право осумњиченог и браниоца да присуствују предузимању доказних радњи у истрази омогућава њихово активно учешће у поступку предузимања доказних радњи (постављање питања посредно или непосредно, примедбе и доказни предлози). Предуслов за присуствовање доказним радњама је њихово правоиз члана 300 став 1 и 4 ЗКП на уредно позивање односно обавештавање о предузимању доказне радње испитивања сведока и вештака. Доктрина налази да је противно правичном вођењу поступка одсуство рока за обавештавање односно позивање одбране да присуствује доказним радњама, јер јавни тужилац неблаговременим обавештавањем може да омета одбрану да присуствује доказним радњама.⁹³²

Законик у одредби члана 300 став 6 предвиђа уједно могућност предузимања доказних радњи без уредног позивања осумњиченог и браниоца уз заштитне гаранције ограничења (претходно одобрење судије за претходни поступак) у случају да се не може извршити достављање позива или да је учинилац непознат.

Не прописује се изричито поступак пред судијом за претходни поступак, али у пракси заменици јавног тужиоца упућују захтеве судији за претходни поступак за давање одобрења за испитивање сведока. Ради спречавања евентуалних злоупотреба и арбитражног

којима ће се заснивати евентуална пресуда, а да се докази прикупљени у фази истраге не користе непосредно, аутоматски, него искључиво по предлогу странака, на основу одлуке суда да ли ће да их изведе или не према резултату главног претреса и процесним улогама учесника у поступку, при чему ће на главном претресу окривљени против којих је подигнута оптужница имати право да, евентуално, траже издвајање доказа из списка предмета, о чему ће одлучивати судеће веће.“ Из решења Првог основног суда у Београду К бр. 1669/17 – Кв 1668/17 од 14.3.2018. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

⁹²⁹ У литератури која анализира праксу ЕСЈП указује се да ће мере уравнотежења бити довољне ако дају подносиоцу представке „сет права која су слична правима која су му ‘одузета’ чак и када не нуде потпуну заштиту обезбеђену гаранцијама које су прекршене.“ Вид.: R. Goss, стр. 141.

⁹³⁰ М. Шкулић (2013b), стр. 710.

⁹³¹ У пресуди Врховног касационог суда Кзз 867/2017 од 6.9.2017. године налази се да се бранилац позвао на повреду закона из одредбе члана 485 став 1 тачка 1 ЗКП, али да се наводи у погледу повреде *начела исправности* третирају као позивање на повреду људског права и слободе окривљеног из одредбе члана 485 став 1 тачка 3 ЗКП, у ком делу је захтев одбачен, с обзиром да није достављена одлука Уставног суда или Европског суда за људског права, којом је повреда утврђена. Доступно на: <https://www.vk.sud.rs/sr>, приступљено 16. септембра 2019.

⁹³² И. И. Фејеш, „Положај осумњиченог у истрази по одредбама о отварању истраге и прикупљању доказа у корист одбране Законика о кривичном поступку из 2011. године“, Тематски зборник: *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (ур. Ранко Кеча), Књига III, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015, стр. 264.

одлучивања, потребно је да писано решење садржи прецизну изреку у погледу доказне радње⁹³³, као и јасно и довољно образложење ограничења права на одбрану у истрази.

Одсуство позивања односно обавештавања изузетак је од правила и ограничење права на одбрану, па је потребно да се захтев образложи и поднесу докази да су предузимане блаже мере у циљу обезбеђења присуства осумњиченог у истрази доказним радњама (позивање на начин прописан одредбом члана 242 став 1 ЗКП преко адресе пребивалишта односно боравишта, наредба за довођење из члана 195 ЗКП преко адресе пребивалишта односно боравишта, мера утврђивања адресе осумњиченог из члана 597 ЗКП, потерница претходно издата од стране судије за претходни поступак⁹³⁴ у складу са чланом 598 став 1 и 2 ЗКП, као мера реализације наредбе за довођење), да је учинилац непознат и да је истрага против непознатог учиниоца нужна и неопходна, уз достављање целокупних списа ради одлучивања. Ако из извештаја надлежне полицијске станице произлази да је осумњичени одсељен са адресе пријављеног пребивалишта, а из полицијских провера да је друга адреса осумњиченог непозната, осумњичени је недоступан органу кривичног гоњења, те се из разлога ефикасности вођења кривичног поступка, прибегава даљем спровођењу истраге, као и у случају непознатог осумњиченог.⁹³⁵ Одобрење судије за претходни поступак неопходно је иако је чланом 300 став 4 ЗКП прописано да се по правилу, позива односно обавештава о доказној радњи само бранилац ако осумњичени има браниоца.

Основни проблем истрага против непознатог учиниоца, осим проблема концепцијске природе, постоји када су кључни сведоци недоступни у време суђења или не могу да се појаве на суђењу. Ризик по начело једнакости „оружја“ отклања се тако што ће се на главном претресу окривљеном и браниоцу омогућити да унакрсно испитају сведока. У противном, утврђивање повреде Конвенције условљено је применом три теста ЕСЈП („добар разлог“, правило „искључивог и одлучујућег доказа“ и постојање „фактора уравнотежења“).⁹³⁶ Једна од процесних превентивних мера уравнотежења у оквиру важећег законског процесног оквира, за чију примену не постоје препреке иако се не регулише, може бити постављање браниоца непознатом учиниоцу. Обезбеђивањем браниоца непознатом осумњиченом, иако је на први поглед нелогично, штити у извесној мери основне гаранције и права на правично суђење. Потребно је напоменути да Директива ЕУ 2016/343 своју примену проширује на осумњичена физичка лица који нису свесни (путем званичног обавештења или на други начин) да су осумњичени за кривично дело.⁹³⁷ У пракси ЕСЈП налази се да је важна оцена да ли ће постојати могућност да се сведок испита на суђењу и констатује се да се претпретресна рочишта, на којима се испитују сведоци за које су истражни органи оценили да неће бити

⁹³³ Примери добре праксе су означавање имена и презимена сведока, имена и презимена окривљеног (ако се ради о познатом учиниоцу), података о наредби за спровођењу истраге, законског назива кривичног дела/дела уз навођење одредаба закона.

⁹³⁴ Поступак издавања потернице у истрази није засебно регулисан, али се у пракси запажа да заменици јавних тужилаца подносе судији за претходни поступак образложене предлоге за доношење наредбе за издавање потернице у којима наводе претходно предузете мере за обезбеђење присуства осумњиченог и доказе о њиховом предузимању.

⁹³⁵ Јавни тужилац према члану 307 став 2 ЗКП може да прекине истрагу ако се не зна боравиште осумњиченог, ако је у бекству или иначе није достижан државним органима. Ако је осумњичени недостижан државним органима, у случају прекида, према члану 307 став 3 ЗКП, јавни тужилац ће предложити одређивање притвора.

⁹³⁶ Вид.: *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ЕСtHR, App. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 119

⁹³⁷ Вид.: Директива Европске уније 2016/343 о јачању извесних видова претпоставке невиности и права на присуство суђењу у кривичном поступку, рецитал 12

саслушани на суђењу, често уређују тако да се елиминише ризик да кључни сведок можда неће бити на располагању да сведочи на суђењу.⁹³⁸

Осим почетних гаранција поступка одлучивања о ограничењу права на одбрану, у правној теорији указује се да је „потребно водити рачуна да се према свом доказном кредибилитету начелно никада не могу потпуно изједначити докази које је извео сам суд, односно они докази који су изведени пред судом и под његовом контролом, са доказима изведеним без судске контроле и од стране несудских органа.“⁹³⁹

Право осумњиченог и његовог браниоца да буду обавештени о предузимању доказне радње вештачења иако није изричито регулисано правилима о присуству доказним радњама у истразипроизлази из члана 123 став 2 и 3 ЗКП (означење лица која су присуствовала вештачењу и њиховог својства, обавештење странкама које нису присуствовале вештачењу), члана 126 став 1 ЗКП (право стручног саветника да присуствује вештачењу којем имају право да присуствују окривљени и његов бранилац), члана 300 став 1 ЗКП (позивање осумњиченог и браниоца ради испитивања вештака). Делотворно остваривање права на присуство осумњиченог и браниоца вештачењу омогућава право из члана 125 став 2 ЗКП на ангажовање стручног саветника у случају да је одређено вештачење, дужност јавног тужиоца на основу одредбе члана 300 став 5 ЗКП да стручног саветника обавести да може да присуствује вештачењу и права стручног саветника током вештачења из члана 126 став 1 ЗКП. Право стручног саветника да присуствује вештачењу које је наредио јавни тужилац ина примедбе на налаз и мишљење омогућавају да се председник већа од пријема потврђене оптужнице у суд упознаса питањима у вези предмета вештачења на која вештак и стручни саветник дају различите одговоре.

4.4. Право на присуство испитивању сведока

Једна од одлика инквизиторског типа поступка је тајно испитивање сведока пред ревностним магистратом чији се исказ укључивао у судске списе и могао да се користи као доказ на суђењу.⁹⁴⁰ Наша старија доктрина кривичног процесног права правдала је неприсуство браниоца испитивању сведока тиме да би „штета долазила услед злоупотребе од стране бранилаца тако да се то не би дало више поправити“, а да је мања корист од присуствовања браниоца, „јер окривљени има још увек времена, нарочито на главном претресу да поправи све што је у генералној истрази рђаво урађено.“⁹⁴¹

Теорија истиче да је у основи расправног кривичног поступка могућност одбране да поставља питања сведоцима путем унакрсног испитивања, под претпоставком да је унакрсно испитивање значајно средство за тестирање поузданости и истинитости, као и да посматра понашања сведока током испитивања, под претпоставком да физички знаци могу бити тумачени као доказ о истинитости или неистинитости онога што говоре, што је од суштинског значаја за одбрану.⁹⁴² Изузетак је одсуство осумњиченог и браниоца током испитивања сведока (што онемогућава да се положи окривљеног у равнотежи постављањем

⁹³⁸ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 130

⁹³⁹ М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 50 – 51.

⁹⁴⁰ S. Maffei, стр. 16.

⁹⁴¹ Б. Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1908, стр. 287.

⁹⁴² A. Ashworth (2002), стр. 34.

питања сведоку), те у извесном смислу поступање са заштићеним сведоцима и посебно осетљивим сведоцима.

Европски суд за људска права и Комисија захтевају да искази сведока који се нису јавно чули у оквиру контадикторне расправе *не буду основни доказ* и да је окривљени имао прилику да сазна сведочење које га терети и да испита аутора у тренутку сведочење или каснијем.⁹⁴³ Начелно, у случајевима у којима су докази веома јаки и истовремено не постоји ризик да буду непоуздани, потреба за одговарајућим поткрепљењем доказа је слабија.⁹⁴⁴ Коришћење изјаве сведока дате пре суђења није у супротности са одредбама члана 6 став 3 (д) и члана 6 став 1 Конвенције, под условом да су поштована права одбране у смислу да се окривљеном на адекватан и правилан начин пружи могућност да оспори исказ сведока који сведочи против њега и испита га, било у тренутку када је дао свој исказ или у каснијој фази поступка.⁹⁴⁵ “Конвенција не искључује ослањање у фази истраге на изворе као што су анонимни сведоци“, али се поставља питање да ли је „накнадна употреба анонимних изјава довољан доказ за осуду“, те да ли су ограничења права на одбрану „непомирљива са гаранцијама садржаним у члану 6 Конвенције.“⁹⁴⁶

Законик изричито установљава право осумњиченог и браниоца на присуство испитивању сведока (право на физичко и ефективно присуство из члана 300 ст. 1, 4 и 8 ЗКП). Примена ограничења права из члана 300 став 2 ЗКП зависи од оцене јавног тужиоца. Важеће решење испитивања сведока у одсуству осумњиченог и браниоца, иако изричито не садржи додатне гаранције, тражи да разлог одсуства буде видљив,⁹⁴⁷ одређен и јасан.

Није прописан поступак одлучивања о овом ограничењу нити улога судије за претходни поступак, у виду контроле одлучивања⁹⁴⁸ или да се радња предузима пред судијом за претходни поступак. Доношење образложеног решења чини извесним да је примењено ограничење и омогућава да је видљива оцена да постоји оправдани разлог и да је неприсуствовање осумњиченог и браниоца доказној радњи било нужно и неопходно, због чега су оправдане законске интервенције. Гаранција је утврђивања, на основу конкретних околности, да постоји могућност утицаја на сведока у циљу да да неистинит исказ. Важеће

⁹⁴³ Juan José López Ortega, „Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos“, *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 1/1993, стр. 614.

⁹⁴⁴ *Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 48539/99, 5 November 2002, final on 5/2/2003, para 43

⁹⁴⁵ *Isgro v. Italy*, ECtHR, App. no. 11339/85, 19 February 1991, para 34

⁹⁴⁶ *Kostovski v. The Netherlands*, ECtHR, App. 11454/85, 20 November 1989, para 44; *Windisch v. Austria*, ECtHR, App. no. 12489/86, 27 September 1990, para 30

⁹⁴⁷ У случају *Kovač protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtijev 503/05, 12 srpanj 2007, иако је саслушање у истрази предузео истражни судија, Суд је нашао повреду члана 6 став 1 у вези члана 6 став 3 (д) Конвенције, имајући у виду следеће околности: 1. у истрази исказ сведока оштећене дат је без присуства окривљеног, а не објашњава се зашто окривљени није присутан (влада није пружила доказ да ли је окривљени примио позив); 2. непоузданост забележеног исказа (на записнику је забележен исказ који је својим речима саставио истражни судија); 3. на главном претресу сведок оштећена је остала при своме исказу, али њен исказ није ни прочитан; 4. сведок оштећена је потом на главном претресу испитана у одсуству окривљеног и њен додатни исказ само је прочитан (нови исказ на главном претресу није се односио на догађаје који су предмет оптужбе); 5. исказ оштећене из истраге био је једини непосредни и одлучни доказ на коме се заснива пресуда.

⁹⁴⁸ Не постоји препрека да осумњичени и бранилац указују на неправилно поступање јавног тужиоца по овој одредби, приговором због неправилности у току истраге и супсидијерно притужбом судији за претходни поступак, али би се тада вероватно као неправилност ценила „техничка неправилност“ у виду одсуства одлуке јавног тужиоца (иако Законик не захтева доношење формалне одлуке у виду наредбе или решења), односно не би се залазило у оцену јавног тужиоца да ли је ограничење права на одбрану оправдано у конкретном случају.

решење може у пракси да допринесе чешћој примени члана 406 став 1 тачка 1 и 4 ЗКП. На основу анализе праксе ЕСЈП следи да се у случају утврђивања основаног и оправданог страха сведока захтева пре одобрења изостанка са суђења разматрање заштите идентитета или лица и гласа што омогућава саслушање усменим путем.⁹⁴⁹

У теорији и у пракси указује се на опасности што се међу циљеве истраге сврстава и обезбеђивање доказа од стране јавног тужиоца који је „по логици ствари страначки оријентисан“, јер то може само и изузетно да чини суд, те на супротност овог циља истраге са природом јавно – тужилачке истраге.⁹⁵⁰ Препрека неправичном спровођењу поступка правило је да се судска одлука не може заснивати искључиво или у одговарајућој мери на исказу сведока испитаног на овај начин.

Право на присуство добија практичан значај у фази испитивања оптужнице, у којој кривично ванпретресно веће одлучује одовољности доказа за оправдану сумњу. Кривично ванпретресно већене цени веродостојност исказа из истраге, али начелно је надлежно да донесе решење о издвајању записника о испитивању сведока и данаредијавномтужиоцу да донесе наредбу о допуни истрагеради поновног испитивања сведока, ако осумњичени бранилац нису обавештени одоказној радњи без одобрења судије за претходни поступак и одлуке јавног тужиоца о примени ограничења права на одбрану.

Поступајући у домену своје надлежности („оцена довољности доказа“ за оправдану сумњу), приликом одлучивања практично има у виду одредбу о релативно битним повредама кривичног поступка из члана 438 став 2 тачка 1 ЗКП те процењује да ли би и без тог доказа било донето решење о потврђивању оптужнице.⁹⁵¹ Врховни касациони суд у случају да нађе да је испитивање сведока обављено, а да јавни тужилац није упутио позив браниоцу и окривљеном да присуствују испитивању сведока, те да исти нису ни присуствовали испитивању, цени да ли су учињене релативно битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438 став 2 тачка 1 ЗКП, односно да ли би очигледно и без исказа спорних сведока била донета иста пресуда.⁹⁵²

Европски суд за људска права препознаје интерес остваривања сарадње са грађанима ради борбе против криминала и сматра легитимним да му се да приоритет у истрази.⁹⁵³ Упркос томе, потенцијални проблем основног доказа чини пожељним превентивне мере државе. Гаранција поштовања права на одбрану у упоредном праву су по правилу расправна „судска саслушања сведока“, односно „доказна рочишта“ у истрази, која се организују када постоји опасност да се сведоци неће моћи испитати на главном претресу или би њихово испитивање било знатно отежано.

⁹⁴⁹ М. Сладојевић, стр. 148.

⁹⁵⁰ Вид.: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 66 – 68; Издвојено мишљење на решење Уставног суда ГУз-62/2018 од 18.4.2019, став II, доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 8. августа 2019.

⁹⁵¹ Ова оцена последица је решења прихваћеног у Законику о кривичном поступку да окривљени и бранилац имају право да изјаве жалбу на решење о потврђивању оптужнице (члан 343 ЗКП), те да другостепени суд сходно примењује одредбе о жалби против првостепене пресуде (члан 468 ЗКП).

⁹⁵² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1064/2017 од 16. новембра 2017. године, доступно на: <https://www.vk.sud.rs/sr/kzz-10642017>, приступљено 13. новембра 2018. године; пресуда Врховног касационог суда Кзз 1217/2017 од 7. децембра 2017. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr/kzz-12172017>, приступљено 13. новембра 2018. године.

⁹⁵³ *Windisch v. Austria*, ECtHR, App. no. 12489/86, 27 September 1990, para 30

Одржавање судских саслушања указује на жељу државних органа да „спрече било какав ризик да кључни сведок можда неће бити на располагању да би сведочио на суђењу“, који постоји због околности као што су „очигледне тешкоће у проналажењу сведока“, страно држављанство сведока и важност сведочења за случај.⁹⁵⁴ Европски суд за људска права истиче да су ова разматрања државе чланице легитимна, с обзиром на „интерес јавности и жртва да се кривично дело правилно гони.“⁹⁵⁵ *Ratio legis* доказних рочишта обезбеђивање је веродостојне изјаве сведока која би се могла користити на каснијем суђењу. Њихова двострука заштитна улога огледа се у судском саслушању сведока и пружању могућности одбрани да поставља питања сведоку. Ово законскоопредељење доминира у континентално – европским државама које прихватају јавно – тужилачку истрагу.⁹⁵⁶

У немачком праву, судским саслушањима *праћеним оптичким и тонским снимањем* (§ 58 а StPO), детаљно регулисаним, прибегава се по захтеву државног тужиоца ако постоји опасност да сведок неће моћи да се саслуша на главном претресу и када је снимак неопходан ради утврђивања истине. Судска саслушања (§ 168с StPO) сведока и вештака која спроводи судија за истрагу по правилу се одржавају у присуству тужилаштва, окривљеног и браниоца који имају право на коментарисање исказа, постављање питања. Дозвољено је спровођење *без присуства окривљеног*: 1. ако би се његовим присуством угрозила сврха истраге; 2. ако постоји опасност да би у присуству окривљеног могли да изнесе неистину. Лица која имају право да присуствују судском саслушању се *не обавештавају* о његовом предузимању ако би обавештавањем *угрозила сврха истраге*. Посебно се регулишу услови за саслушање сведока одвојено од лица са правом присуства (§ 168е StPO). Материјални услов је основана опасност од значајних последица по добробит сведока која *не може да се отклони на неки други начин*. Процесни услов је да се саслушање *преноси лицима која имају право присуства* чиме се омогућава остваривање прописаних права на одбрану.

Доказно рочиште детаљно је регулисано у хрватском праву (услови одржавања, поступак одлучивања, припреме за доказно рочиште, ток поступка). Одржава се у таксативно наведеним случајевима (посебно рањиви сведоци, сведоци који се испитују у поступку пружања међународне правне помоћи, лица ослобођена дужности сведочења за која постоји опасност да неће сведочити на расправи, сведок који се неће моћи испитати на расправи, сведок изложен утицају који доводи у питање истинитост исказа, ако се други доказ касније неће моћи извести) на основу налога судије за истрагу, по предлогу државног тужиоца, оштећеног као тужиоца или окривљеног (члан 236 став 1 ЗКПХ). Циљ доказног рочишта је обезбеђење истинитог исказа сведока и заштита сведока. Ако се испитује заштићени сведок, упућује се на правила о начину његовог испитивања. Када је одбрана обавезна, бранилац мора да присуствује доказном рочишту.

Спровођење доказних радњи које не трпе одлагање пред судом у истрази предвиђа и Законик о кривичном поступку Црне Горе, на захтев државног тужиоца и окривљеног и Закон о кривичном поступку БиХ/ФБиХ/БД БиХ/РС који прописују једнако право странака и

⁹⁵⁴ *Chmura v. Poland*, ECtHR, App. no. 18475/05, 3 April 2012, final on 3/7/2012, para 51

⁹⁵⁵ *Ibid.*

⁹⁵⁶ Предвиђао га је и Законик о кривичном поступку од 2006. године и Радна верзија Закона о изменама и допунама ЗКП од 2011. године, као допуну члана 299 ЗКП.

Предлог увођења доказног рочишта праћен је додатним процесним заштитним гаранцијама (једнака могућност предлагања странака и браниоца, право присуства странака и браниоца, достављање записника о испитивању сведока, одлучивање кривичног ванпретресног већа у случају неслагања судије за претходни поступак са предлогом). О томе: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 71.

браниоца да предложи „судско обезбеђење доказа“.⁹⁵⁷ Кривично процесно законодавство Македоније прихвата модел адверзијалног италијанског поступка. Један од изузетака од принципа да се на резултатима истраге не може заснивати пресуда је извођење доказа на доказном рочишту због: 1. постојања вероватноће да сведок због болести или смрти неће моћи да се испита на главној расправи; 2. потребевештачења, у случају да се „докази односе на лице, предмет или место чије је стање подложно неизбежним променама“; 3. „конкретних околности које указују на то да је сведок био изложен насиљу, претњи, обећању новца или друге користи да не сведочи или да лажно сведочи“ (члан 312 (2) ЗКП СМ).

Упркос томе што прихвата адверзијални модел поступка, Законик о кривичном поступку Италије је у одређеним случајевима предвидео доказно рочиште (*incidente probatorio*), које могу да траже странке имајући у виду да „радње које државни тужилац и правосудна полиција предузимају у току претходне истраге не представљају доказ у поступку, осим појединих изузетака.“⁹⁵⁸ Општи принцип у циљу гаранција права на одбрану је да докази прибављени у контрадикторном поступку који су део списка за суђење (*fascicolo per il dibattimento*) могу на суђењу да се користе против искључиво оног окривљеног чији је бранилац учествовао у поступку.⁹⁵⁹ Кривица окривљеног не може се доказати на основу изјава лица (на штету окривљеног) која су слободим избором избегла испитивање оптуженог или његовог браниоца (Articolo 526 (1 bis) ССР). Разлози за одређивање доказног рочишта су, осим постојања оправданог разлога да лице неће моћи да се саслуша на суђењу због болести или друге озбиљне препреке, између осталог и постојање *конкретних* и *специфичних околности* које указују да постоји оправдани разлог да је лице изложено насиљу, претњи, понуди или обећању новца или друге користи да не би сведочио или да би лажно сведочио, те *саслушање осумњиченог о чињеницама које се односе на кривичну одговорност других лица* (Articolo 392 (1) ССР).

5. Прикупљање доказа и материјала у корист одбране

Прикупљање доказа и материјала у корист одбране (члан 301 ЗКП) припремна је активност осумњиченог и браниоца у циљу реализације права окривљеног на прикупљање доказа за своју одбрану (члан 68 став 1 тачка 9 ЗКП), те права данајпре у истразији/или каснијена припремном рочишту односно на главном претресу предлаже доказе у своју корист (члан 303 став 1, члан 350 став 1, члан 395 став 1 ЗКП). Законодавац наглашава да је *ratio legis* омогућавања одбрани да у току истраге прикупља доказе и материјал у своју корист „другачија расподела одговорности за доказивање чињеница у поступку, уз истовремено настојање да се обезбеди једнакост оружја између јавног тужиоца и окривљеног, у вези са прикупљањем доказа у току истраге.“⁹⁶⁰ Супротно, у правној теорији се закључује да одсуство утврђивања у процесном закону Србије исте вредности доказа

⁹⁵⁷ члан 276 став 2 ЗКР СГ, члан 223 ЗКР БиН, члан 238 ФБиН, члан 223 ЗКР ВД БиН, члан 231 ЗКР РС

⁹⁵⁸ Александар Бошковић, „Осврт на тужилачки концепт истраге у компаративном кривичнопроцесном законодавству“, *Правни живот* 10/2008, стр. 48.

⁹⁵⁹ Annalisa Mangiaracina, „Report on Italy“, *Personal Participation in Criminal Proceedings – A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe* (eds. Serena Quattrococo, Stefano Ruggeri), Springer, Cham 2019, стр. 245.

⁹⁶⁰ Кривични поступак – Нови Законик, Објашњење основних правних института и појединачних решења –Из образложења предлагача Законика, Intermex, Београд 2011, стр. 7.

одбране и тужилаштва, чини покушај обезбеђења једнакости „оружја“ „на неки начин фаличним и проблематичним“.⁹⁶¹

Радње осумњиченог и браниоца које се предузимају ван кривичног поступка, иако су начелно регулисане у оквиру истраге, не представљају приватну истрагу одбране („паралелну истрагу одбране“), својствену италијанском кривичном поступку.⁹⁶² Фејеш, у аргументацији за одсуство паралелне истраге у нашем кривичном поступку, дефинише *паралелну истрагу* као „самостално право извођења пуновредних формалних доказа“.⁹⁶³ Сложеним механизмом Законика о кривичном поступку Италије, који се сматра гаранцијом једнакости „оружја“, одбрана може резултате сопствене истраге да презентује директно судијокоји одлучујешта ће се унети у списе предмета.“⁹⁶⁴

Механизам истраге одбране, по узору на италијанског законодавца, прихвата Закон о кривичном поступку Републике Северне Македоније (чл. 306 – 311 ЗКП). За разлику од решења нашег законодавца, ова истрага одбране детаљно уређује пре свега субјекте који је предузимају, активности одбране, бележење изјава и обавештења (потписи лица, потврде браниоца, белешке браниоца), утврђује поуке лицима са којима се разговара (о праву да уопште не одговорају на постављена питања или да не дају одређену изјаву, о забрани откривања питања која им је постављала полиција или јавни тужилац и датих одговора), последице одсуства добровољности лица (захтев јавном тужиоцу за испитивања лица, односно захтев суду да одобри приступ просторијама), посебна правила за добијање изјава или обавештења од лица у притвору, формирање списка браниоца и садржи друга детаљнија правила о поступку прикупљања података и обавештења.

Замерке законском прописивању фактичких радњи ради припреме одбране односе се пре свега на повреду претпоставке невиности и правила о терету доказивања у кривичном поступку.⁹⁶⁵ У нашој старијој правној теорији описивало се да фактички терет доказивања, насупрот формалном терету (који се у теоријама неких држава назива материјалним теретом доказа), лежи на окривљеном и да је омеђен правилем *in dubio pro reo*. „У оној мјери у којој је то начело у поједином праву прихваћено, окривљеник треба да доказивањем само доведе у двојбу постојање чињеница које га терете, па ће суд морати узети као да те чињенице не постоје, односно да доказивањем само учини вјероватним да постоје чињенице које му иду у прилог, па ће суд узети као да оне постоје.“⁹⁶⁶

Директива ЕУ указује да се принцип да је терет доказивања кривице окривљеног на тужиоцу не доводи у питање *правом* одбране да поднесе доказе у складу са важећим

⁹⁶¹ Н. Матовски (2014), стр. 44.

⁹⁶² Шкулић објашњава да се „не може говорити о паралелној истрази у САД и другим државама англосаксонског говорног подручја, јер тамо и нема било какве званичне истраге, већ истрагу неформално води полиција“, а да резултати евентуалне сопствене „истраге“ окривљеног не могу да се користе као доказ на суђењу као ни резултати полицијске истраге (осим материјалних доказа и исказа осумњиченог). О томе: М. Шкулић (2010 с), стр. 76.

⁹⁶³ И. И. Фејеш (2015), стр. 266.

⁹⁶⁴ Вид.: J. R. Spencer, „Evidence“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, стр. 627.; А. Бошковић (2008), стр. 48.

⁹⁶⁵ Вид.: З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, *Основи кривичног права, Књига II, Кривично процесно право – Кривични поступак кроз практичну примену*, Службени гласник, Београд 2018, стр. 252 – 253.

⁹⁶⁶ V. Bayer (1989), стр. 71.

националним правом.⁹⁶⁷ Прикупљање, те и подношење и коришћење доказа и материјала у корист одбране није формулисана као дужност, већ могућност за одбрану (члан 301 став 1 ЗКП). Законско одређењенаглашавање је адверзијалног начела страначког прикупљања и презентовања доказа.

Дамашка наглашава да по „унилатералној методи прикупљања доказа“, традицији континенталне Европе, држава има монопол да прикупља доказе, па „када би одбрана водила неку паралелну истрагу, испитивала сведоке и слично, то би се сматрало утицајем на сведоке и ометањем истражне функције државе.“⁹⁶⁸

5.1. Страначка истрага у Италији

Истрага одбране прописана италијанским Закоником о кривичном поступку (*Codice di procedura penale*– СРР),⁹⁶⁹ који прихвата адверзијални модел поступка, детаљно је регулисана у девет чланова (391 *bis* – 391 *decies*). Пре реформе из 1988. године била је забрањена, али је каснијеповажностиза исход истраге изједначена саслужбеном државнотужилачкомистрагом.⁹⁷⁰ Сматра се једном од важних гарација начела једнакости „оружја“ у италијанском кривичном поступку.⁹⁷¹ У теорији се наглашава да је „израз тежње ка чистијим страначким одлицима.“⁹⁷² Омогућава остваривање система „дуплих списа“, једнако значајних у поступку одлучивања судау фази претходног поступка да ли ће предмет бити упућен на суђење. Запажа се да је овај систем уведен ради очувања непристрасности судије на самом суђењу.⁹⁷³

Страначка истрага нормативно задовољаваидеал једнакости „оружја“, али је захтевна у погледу форме и потребних ресурса за ефикасно спровођење. Тражи додатне трошкове бранилаца и његове посебне способности и вештине. Због тога су нарочито умањенеспособности сиромашних окривљених да организују да се истрага одбране делотворноспроведе. Форма спровођења „паралелне истраге“ првенствено има циљ заштиту њених учесника, али и обезбеђење поузданости садржаја прибављених информација.

Сагледавамо више њених основних карактеристика. Прописани су *субјекти* који је спроводе – бранилац, његова замена, овлашћени приватни истражитељи (детективи), а када су потребне посебне вештине истручна знања, стручна лица (технички саветници), „Помагачи“ у одбрани омогућавају окривљеном да парира персоналним

⁹⁶⁷ члан 6 Директиве Европске уније 2016/343 о јачању извесних видова претпоставке невиности и права на присуство суђењу у кривичном поступку

⁹⁶⁸ М. Дамашка, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija: predavanja na poslijediplomskom studiju iz kaznenopravnih znanosti na Pravnom fakultetu u Zagrebu 5., 6. i 7. lipnja 2001. : (prijepis tonskog zapisa)*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2001, стр. 14.

⁹⁶⁹ *Codice di Procedura Penale*, Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, Aggiornato alla Legge 26 aprile 2019

⁹⁷⁰ Giulio Illuminati, “The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian criminal procedure code of 1988),” *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4., 3/2005, стр. 569.

⁹⁷¹ Ова карактеристика страначке истраге последица је раније праксе да су докази одбране зависили од тога шта је државни тужилац прикупио током претходне истраге, односно ограничења у виду права одбране да оствари увид у списе тужилаштва, те склоности судова да не прихвате доказе до којих је одбрана дошла у фази истраге. Вид.: А. Бошковић (2008), стр. 48.

⁹⁷² М. Дамашка (2007), стр. 5.

⁹⁷³ В. Бајовић (2015), стр. 111.

ресурсима државног тужиоца, те једнаку прилику да утиче на даљи ток и исход поступка. Лица према којима се предузимају су лица способна да саопште околности релевантне за истражне активности.

Врсте радњи су неформалне консултације путем интерјуа (разговори са лицима)⁹⁷⁴; прибављање документованих изјава (писане изјаве, обавештења); тражење документације од јавне управе и прибављање преписа или копија; приступање ради прегледа стања места и ствари и предузимање описивања и снимања (техничка, графичка, планиметричка, фотографска или аудиовизуелна); приступање приватним просторијама или онима који нису отворени за јавност. Упућују на сличност са овлашћењима јавног тужиоца.

Садржина прибављених информација иде у корист окривљеном. Прописани су елементи обавезне форме, обавезна упозорења лицима која дају изјаву (о квалитету и сврси изјаве, о документовању, о статусу испитивача у кривичном поступку, о праву да не одговарају или не дају изјаву, забрани откривања било каквих питања постављених од стране правосудне полиције или државног тужиоца и датих одговора, о кривичној одговорности насталој због лажне изјаве). Прибављену изјаву треба да потпише лице које даје изјаву и да оверибранилац или његовог заменик, а прописана је и формална садржина извештаја браниоца односно његовог заменика.

Лица од којих се узимају изјаве могу бити и лица која су раније саслушана од стране правосудне полиције или државног тужиоца, лица под истрагом или оптужена у истом поступку, у повезаном поступку или поступку за повезано кривично дело (уз обавезу да се обавести бранилац), као и притворена лица у прописаном поступку. Посебно је прописана стручна помоћ када се узимају подаци од малолетних лица. Државни тужилац има право да забрани саслушаним особама да саопштавају чињенице и околности истраге које су им познате.

Последица кришења одредаба о прибављању изјава је немогућност коришћења изјава и дисциплинска одговорност. Предвиђена је *супституција сагласности лица*. У случају да је неопходно приступити приватним просторијама или онима који нису отворени за јавност, ане постоји сагласност држаоца, судија може да одобри приступ на захтев браниоца.

5.2. Природа и значај прикупљања доказа и материјала у корист одбране

Прикупљање доказа и материјала у корист одбране нема карактер страначке истраге која се сусреће у упоредно правним системима. У нашој правној теорији објашњава се да одбрана за разлику од јавног тужиоца није овлашћена да непосредно предузима поједине доказне радње, већ да „самостално обавља само припремне радње на обезбеђењу доказа који би током истраге или пак касније били изведени“.⁹⁷⁵ Дамашка опомиње да из искуства земаља која прихватају чист модел страначке истраге произилази да доводи допредвидивих последица пре свега у виду промене улоге, задатака, навика и свести браниоца („развијање праксе ангажовања приватних истражитеља“; „рад на врло малом броју предмета“), јавног

⁹⁷⁴ У ова лица не спадају оштећени и жртве према Закону о кривичном поступку Северне Македоније. Ако се на основу разговора покаже да лица поседују релевантне корисне информације, од њих се може затражити узимање писаних изјава и обавештења, која морају да буду забележена (чл. 307, 308 ЗКП СМ).

⁹⁷⁵ С. Бејатовић (2019), стр. 399.

тужиоца („инстинктивно јачање страначке оријентације“) и суда (организовање пре расправе размене информација и доказа).⁹⁷⁶

Успостављање начелне једнакости странака у прикупљању доказа изузетно је тежак, за највећи број окривљених неостарив задатак, ако се има у виду апарат којим располаже тужилаштво, обим доказног материјала који је фактички неупоредиво лакше и брже доступан тужилаштву сходно његовим овлашћењима као државном органу. Из овога произлази и опасност наметања страначког задатка одбрани да сноси ризик неприкупљања доказа у прилог окривљеног, што је уједно и логички противно претпоставци невиности.

Субјекти који предузимају радње прикупљања доказа и материјала у корист одбране су осумњичени и његов бранилац. *Предмет* радњи су информације и материјали у корист одбране. *Лица према којима се радње предузимају* су и позитивно и негативно дефинисана. Потребно је да лице може да пружи податке корисне за одбрану. Не могу се прибавити информације од лица која имају процесни статус оштећеног и лица која је раније у поступку испитала полиција или јавни тужилац.

Врсте радњи су: 1. разговори; 2. прибављање писаних изјава и обавештења уз сагласност лица; 3. улазакуприватне просторијеили просторекоји нису отворени за јавност, у стан,илипростореповезанеса станом уз пристанак држаоца; 4. преузимање предмета и исправа,прибављање обавештења којима располаже физичко или правно лице,уз њихову сагласност, као и уз обавезуда том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа.

Сврха радњи је употреба њених резултата у истрази и на главном претресу која се своди на то да дате изјаве и обавештења окривљени и његов бранилац могу да користеприликом испитивања сведока, провере веродостојности његовог исказа или ради одлучивања јавног тужиоца или суда о доказном предлогу одбране за испитивање лица у својству сведока.

Специфичност је*формални паралелизам дужности „странака“*. Након саслушања осумњиченог, „странке“ и бранилац дужни суда једнидругима омогуће разматрање списка и разгледања предмета *који служе као доказ*. Додатно, дужност субјеката у функцији одбране је да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране обавесте о томе јавног тужиоца.

Радње одбране су *неформалног и помоћног карактера, засноване на сагласности* лица на које се односе. Нијепописан поступаки форма њиховог предузимања, осим када је реч о издавању потврде о преузетим предметима и исправама.⁹⁷⁷ У адвокатској пракси истиче се да је улога радњи да се обезбедиподсетник, смернице за постављање питања, провера веродостојности исказа, да се убеди јавни тужилац да је за потребе конкретне кривичноправне ствари неопходно испитати одређено лице, односно да се увери судија у значај испитивања конкретног лица.⁹⁷⁸

Увођење законске категорије „прикупљање доказа и материјала у своју корист одбране“ без уређења поступка предузимања радњи, суштински не мења положај осумњиченог. Окривљени и браниоци морали су и раније да учине вероватним да лице које предлажу за сведока поседује релевантна сазнања одогађају да би се њихов доказни предлог

⁹⁷⁶ М. Дамашка (2007), стр. 6 – 8.

⁹⁷⁷ Потврда ипак више има одлике обезбеђења приватног карактера (доказ код кога се налазе материјали, њихова врста и количина – ближи опис).

⁹⁷⁸ В. Бељански *et. al.*, стр. 15.

усвојио, па су, између осталог, подносили оверене изјаве лица или изјаве са својеручним потписом.

Доктринаопомиње да са аспекта права на одбрану овим законским решењима није побољшан положај осумњиченог, да се не остварује једнакост „оружја“, јер наведена „права“ припадају сваком грађанину.⁹⁷⁹ Радње немају значај кривичнопроцесних радњи. Нису детаљно нормирани услови и заштитне гаранције под којима се предузимају. У стручном раду налази се да је неопходна потреба да се елементи формализма унесу за прибављање писаних изјава (уношење у садржину писаних изјава „поука и обавештења из којих ће недвосмислено произилазити да је испитивано лице било потпуно свесно у каквој процесној радњи учествује и која су његова права“), ради законитости изјава и заштите осумњиченог и браниоца од евентуалних негативних последица које могу проizaћи из неправилног и незаконитог поступања приликом прибављања изјаве.⁹⁸⁰

Радње нарочито погодују богатим и утицајним осумњиченима у друштву који ангажују више искусних и вештих бранилаца и поседују средства фактичког деловања на појединце, па њихово нормативно увођење делује ретроградно на улогу јавног тужиоца да као орган поступка у истрази обезбеди једнакост пред законом, сагласно Препоруци Савета Европе о улози јавног тужиоца у систему кривичног правосуђа. Додатно, држава ради заштите несметаног вођења кривичног поступка основом за одређивање притвора из члана 211 став 1 тачка 2 ЗКП, управо настоји да спречи колузиону опасност.

Правна наука запажа да се прикупљањем доказа и материјала у корист одбране не остварује једнакост „оружја“, јер нема паралелизма у истраживању странака што потврђује више закључака који произлазе из анализе релевантих одредаба: 1. истраживања одбране нису доказне радње; 2. јавном тужиоцу и полицији није забрањено да испитују лица која су већ испитала окривљени и његов бранилац; 3. не прописује се посебна процедура нити форма истраживања; 4. не предвиђа се могућност да одбрана може да предузме радње преко приватног детектива или техничког саветника; 5. није прописана могућност да се окривљени и његов бранилац директно обрате судији за претходни поступак за добијање наредбе о претресању стана, ако би се јавила таква потреба, нити да судија за претходни поступак предузме доказну радњу у случају да поводом неслагања јавног тужиоца са доказним предлогом одбране нађе да је потребно да се предузме.⁹⁸¹ На одсуство паралелизма у истраживању странака указује пре свега могућност да се на резултатима јавно–тужилачке истраге може заснивати пресуда према одредби члана 406 ЗКП.

„Паралелизам“ дужности јавног тужиоца и осумњиченог и браниоца садржи контрадикторност и нелогичност. Претходне одредбе свакако не упућују на непосредни доказни значај резултата радњи, на правила о формирању списка одбране, о држању списка одбране и њиховом достављању јавном тужиоцу и суду, а члан 303 став 3 ЗКП потврђује

⁹⁷⁹ О томе: С. Бејатовић, М. Шкулић, В. Ђурђић, *Приручник за примену законика о кривичном поступку*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2013, стр. 254.

⁹⁸⁰ В. Бељански *et. al.*, стр. 15 – 16.

⁹⁸¹ А. Бошковић, “Странацка истрага у српском и италијанском кривичном процесном законодавству и ефикасност истражног поступка”, *Правна држава и стручност процесних субјеката као инструмент супротстављања криминалитету* (ур. С. Бејатовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2015, стр. 291 – 293.

дужност одбране да о радњама обавести јавног тужиоца и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ⁹⁸².

Са друге стране, у пракси се дужност јавног тужиоца остварује у односу на списе и предмете који се могу користити као доказ у поступку (не и на нпр. службене белешке о прикупљању обавештења од грађана у смислу члана 288 ЗКП). Право осумњиченог и браниоца да изврше увид у тужилачке списе предмета предуслов је за остваривање права окривљеног да пред судом подноси доказне предлоге у своју корист, јер списи осим доказа који ће бити докази оптужбе могу и да садрже потенцијалне доказе одбране.

Законска дужност одбране имала би смисла евентуално само у амбијенту страначке истраге уређене у италијанском законодавству, у коме одбрана својим материјалом може да парира државном тужиоцу у контрадикторном поступку на претходном рочишту, на коме функционални облик суда цени да ли ће поступак ући у фазу суђења.⁹⁸³ Против овог модела јесуштинска опасност по претпоставку невиности, на коју опомиње доктрина. Формална страначка истрага фактички захтева активност одбране, јер без њеног активног и квалитетног ангажовања нема изгледа да ће утицати на одлуку суда о даљем току поступка, па се самим тим право и могућност одбране преображава у дужности одбране.⁹⁸⁴

Питање од практичног значаја је да ли кривично ванпретресно већеу поступку контроле оптужнице своју одлуку може да заснује на материјалима одбране. Пошто се ради о материјалима у корист окривљеног који при томе немају доказни значај, на њима се не темељи оптужба, па је могуће да јавни тужилац информације одбране о којима је нпр. направио копију, користећи своје право на разматрање и разгледање, не достави већу.

Према структури уређења истраге, регулисању „прикупљања доказа и материјала у корист одбране“ непосредно пре „предузимања доказних радњи у корист одбране“, налазимо да је намера законодавца да узимање у обзир материјала одбране приликом одлучивања о току истраге, доведе у везу садужношћу непристрасности јавног тужиоца. Пре завршетка истраге, начелно јавни тужилац може да се одлучи да провери информације које је прикупила одбрана позивањем својству сведока лица које је дало изјаву, или лица код кога се налазио предмет, те да потом процени да ли ће да обустави истрагу или да подигне оптужницу. Међутим, елементи страначке истраге управо делују у супротном смеру. Уводе у први план страначке интересе и елиминишу непристрасност.

Замислива је ситуација да упркос материјалима одбране јавни тужилац подигне оптужницу, а да одбрана уз одговор на оптужницу достави прибављене информације или

⁹⁸² У погледу „кооперативности“ одбране налази се да је у питању празна норма, јер нема консеквенци које би носила одбрана, ако не би у истрази на овакав начин сарађивала са јавним тужиоцем. Вид.: М. Шкулић, (2013 b), стр. 705.

⁹⁸³ Бошковић, цени да је у „концепту истраге где су присутни елементи страначке истраге, сврсисходније решење италијанског законодавца, јер пружа већу и објективнију могућност одбрани да оспори наводе државног тужиоца и на тај начин онемогући да поступак уђе у фазу судског, главног кривичног поступка“. Вид. А. Бошковић (2015), стр. 302 – 303.

У вези поменутог приметно је да страначка истрага захтева другачију међуфазу поступка на којој се одлучује да ли ће се предмет даље упутити на суд. Установа контрадикторног претходног рочишта (*udienza preliminare*) у Италији, у непосредној је вези са страначком истрагом. Од концепције истраге зависи и поступак оптужења. Формална страначка истрага доводи до сложених и детаљних решења у истрази и до потпуно другачије фазе оптужења, што је у супротности са традицијом нашег кривично процесног законодавства.

⁹⁸⁴ О томе: И. И. Фејеш (2015), стр. 270.

материјале. Суд не може да темељи одлуку на белешкама и потврдама одбране, јер не постоји законско упориште за такво поступање. Ипак материјали одбране могу да имају извесни практичан значај у виду „сигнала“ већу (ако нема довољно доказа за оправдану сумњу) да је неопходно да се боље разјасни стање ствари и да се истрага допуни у одређеном правцу (сугерисаном од стране одбране). Практично, прикупљени материјал на овај начин има посредни доказни значај.

6. Предузимање доказних радњи у корист одбране

Предузимање доказних радњи у корист одбране (члана 302 став 2 ЗКП), с обзиром на одсуство формалне дужности јавног тужиоца да истражује истину је форма учествовања одбране у јавно–тужилачкој истрази и начин остваривања права окривљеног да износи доказе у своју корист (члан 68 став 1 тачка 10 ЗКП). У непосредној вези је са дужности непристрасности јавног тужиоца, која подлеже надзору и практично тражи образложење одлуке јавног тужиоца о одбијању доказног предлога одбране.⁹⁸⁵ Остварује се до завршетка истраге, у поступку предузимања доказних радњи (члан 300 став 8 ЗКП), након што јавни тужилац омогући осумњиченом разматрање списка и разгледања предмета, те их позове да у одређеном року ставе предлог (члан 303 став 2 ЗКП). Поступак предузимања доказних радњи у корист одбране сходно се примењује и након завршетка истраге, ако се поднесе предлог за допуну истраге (члан 311 став 2 ЗКП). Предлог одбране треба да буде потпун⁹⁸⁶ и да садржи прилоге које указују на вероватност навода из предлога.

Постоје два модалитета активирања овог процесног механизма:⁹⁸⁷ 1) јавни тужилац одбије предлог осумњиченог или његовог браниоца да се предузме одређена доказна радња 2) јавни тужилац не одлучи о предлогу у року од осам дана од дана подношења предлога. Приликом одлучивања о доказном предлогу одбране јавни тужилац фактички примењује одредбе које се односе на одлучивање председника већа о доказном предлогу на главном претресу ценећи да ли се предлог односи на чињенице које су релевантне, које се доказују или чије је извођење целисходно односно није усмерено на одуговлачење поступка (члан 395 став 4 тачка 2 и 3 ЗКП), руководећи се сврхом истраге.

⁹⁸⁵ Јавни тужилац је на основу одредбе члана 6 став 4 ЗКП дужан да непристрасно разјасни сумњу о кривичном делу и да са једнаком пажњом испитује чињенице које терете окривљеног и чињенице у корист окривљеног, али нису прописане заштитне гаранције непристрасности. Према Закону о кривичном поступку од 2006. године, који је био усвојен, али није почео да се примењује, јер је после одлагања примене два пута стављен ван снаге, биле су прописане конкретне заштитне гаранције непристрасности јавног тужиоца. Утврђена је била његова дужност да: 1. истинито и потпуно *утврђује релевантне чињенице*; 2. са једнаком пажњом испитује и *утврђује* како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у корист; 3. *прикупља доказе који терете окривљеног, тако и оне који му иду у корист*. Осим тога, јавни тужилац је *образложеним решењем* одбијао доказни предлог окривљеног или његовог браниоца. У овом случају окривљени је могао да поднесе захтев истражном судији да преиспита одбијање. Истражни судија се *решењем* саглашавао са одбијањем или је налагао спровођење доказне радње. Такође, поводом предлога био је надлежан и да предузме доказну радњу за коју би оценио да постоји опасност од одлагања. Вид. М. Шкулић (2007 а), стр. 869 – 870.

⁹⁸⁶ У пракси Вишег јавног тужилаштва наводи се да предлог треба да садржи ближе податке за сведока, име и презиме, адресу и датум рођења сведока да би се о њему могло одлучивати. Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 2/17 од 25.5.2017. године, непосредан увид у Вишем јавном тужилаштву.

⁹⁸⁷ У литератури се говори о два основна облика деловања у корист одбране током јавно – тужилачке истраге: прикупљање доказа и материјала у корист одбране и предузимање доказних радњи у корист одбране. Вид.: З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, стр. 252.

Поступак пред јавним тужиоцем и судијом за претходни поступак није формално регулисан (осим форме примарне иницијативе одбране –предлог јавном тужиоцу за предузимање доказне радње и супсидијерне – предлогсудији за претходни поступак⁹⁸⁸). Посебна правила важе за предлагањеодређивањавештачења (члан 117 став 3 ЗКП). У случају одбијања предлога, јавни тужилац *одлучује решењем* против којег осумњичени и његов бранилац могу да изјаве жалбу, о којој одлучује судија за претходни поступак у року од 48 сати.

Ако предлог одбране не испуњава процесне претпоставке за одлучивање (нпр. завршена је истрага и поднета је оптужница или је заменик јавног тужиоца ипак одлучио о предлогу одбране у року, али о томе одбрана није уредно обавештена), судија за претходни поступак треба да одбаци предлог.⁹⁸⁹

Прекорачење рока од осам дана за одлучивање може да буде мотивисано различитим разлозима. Некада јавни тужилац „намерно“ прекорачи инструктивни рок, јер му је потребно више времена да одлучи о предлогу или чека да се предузму све доказне радње које су планиранедата би на основу њиховог резултата донео одлуку пре завршетка истраге.Често у пракси заменик јавног тужиоца, након тражења изјашњења судије за претходни поступак,образлаже прекорачење рока и доставља изјашњење судији за претходни поступак. Налог судије за претходни поступак у коме сеодређује рок за предузимање доказне радње означава „новирок“односно продужење рока за одлучивање.

Заменици јавних тужилаца неретко усвајају предлоге и предузимају доказне радње из практичних разлога (спречавање „изненађења“ на главном претресу, боља припрема за главни претрес јер доказна иницијатива одбране представља својеврсно „откривање“ одбране, налажење да је лакше и брже предузимање доказне радње него да се чека окончање поступка пред судијом за претходни поступак⁹⁹⁰).

Када је доказни предлог одбијен, судија за претходни поступак изнова цени предлог(чињенице чије се доказивање предлаже, образложење предлога и прилоге уз исти), те доказе који су прибављени током предистражног поступка и истраге. Сврха самосталног прикупљања доказа и материјала у корист одбране треба да буде и указивање на значај доказног предлога.⁹⁹¹

Ретки су случајеви да судија за претходни поступак усваја предлог одбране, те налаже предузимање доказне радње. Из сврхе истраге и ограничене улоге судије за претходни

⁹⁸⁸ Иако је прописано да се предлог подноси судији за претходни поступак, у пракси предлог се подноси заменику јавног тужиоца, који доставља целокупне списе судији за претходни поступак, или се подноси директно судији за претходни поступак, који тражи да му се доставе списи предмета *и одлука о предлогу*, ради одлучивања.

⁹⁸⁹ Најисправније поступање би било доношење формалног решења о одбацивању предлога, иако би се, имајући у виду одсуство стриктног регулисања поступка, одбрана могла и само обавестити о чињеници која јој није позната.

⁹⁹⁰ Не постоји рок за одлучивање судије за претходни поступак, као што је случај са одлучивањем о жалби на решење о одбијању предлога за одређивање вештачења.

⁹⁹¹ На пример, претходни разговор са лицем које поседује релевантна сазнања треба да покаже да лице испуњава услове да би се позвао као сведок у кривичном поступку (према члану 91 ЗКП). Пожељно би било да доказни предлог садржи и изјаву која указује на вероватност навода из образложења предлога.

Одбијање предлога од стране судије за претходни поступак није препрека да осумњичени и његов бранилац самостално прикупе доказе и материјал у корист одбране. Не постоји сметња да се доказни предлог понови и на припремном рочишту и на главном претресу.

поступак у истрази произлази да, у случају усвајања предлога, није у опсегу надлежности судије за претходни поступак да даје налоге такве природе који наводе на закључак да суштински судија за претходни поступак спроводи истрагу (начин предузимања доказне радње нпр. детаљна питања која заменик јавног тужиоца треба да постави сведоку),⁹⁹² већ само инструкција за предузимање одређене доказне радње (нпр. испитивање одређеног сведока и основне околности које су предмет сведочења) укључујући одређивање рока за предузимање доказне радње (члан 302 став 3 ЗКП).⁹⁹³ *Ratio legis* очигледно је одвраћање јавног тужиоца од пристрасног поступања (превентивна сврха) у виду „игнорисања“ права одбране да предлаже доказе и накнадна контрола непристрасног поступања јавног тужиоца. Ипак, поступак одлучивања судије за претходни поступак подразумева читање тужилачких списа и увид у све доказе који су прикупљени ради правилног одлучивања.⁹⁹⁴

Суздржавање судије за претходни поступак да се меша у рад јавног тужиоца последица је елиминације начела истине, те истражне улоге суда у истрази, односно одсуства формалних дужности јавног тужиоца и судије за претходни поступак, те налажења да интервенција није неопходна, јер јекривично ванпретресно веће надлежно да врати предмет на допуну истраге ценећи постојање оправдане сумње.

7. Упознавање са прикупљеним доказима

Упознавање са прикупљеним доказима из члана 303 ЗКП регулисано је уместо детаљног уређења увида у списе предмета, ограничења увида у списе и гаранција поступања јавног тужиоца у корист одбране. Формулација је нејасна, нарочито ако се има у виду да прикупљање доказа и материјала у корист одбране није истрага одбране и да резултати радњи одбране немају непосредан доказни значај. Дужност оптужбе и одбране да размене прикупљене информације, карактеристична за доследно спроведен страначки обликован

⁹⁹² Теоријски, замисливо је да усмеравање јавног тужиоца у погледу постављања накнадних питања сведоку ствара проблем са аспекта начела једнакости „оружја“. С обзиром да је елиминисано начело истине, једини циљ којим треба да се руководи судија за претходни поступак је правично поступање јавног тужиоца.

Детаљно навођење питања мимо предлога одбране носи опасност да сведок одбране постане и сведок оптужбе ако изнесе наводе који не иду у прилог одбрани. Резултат радње може и да не буде у корист одбране ако сведок промени изјаву у односу на изјаву коју је дао одбрани или сведок нпр. из „страха од опасности кривичног гоњења“ преокрене своју изјаву.

⁹⁹³ Постојећи законски оквир чини основаним тумачење да јавни тужилац сноси одговорност за истрагу, да јавни тужилац најбоље зна шта му је потребно за оптужење, а да надзор суда у погледу исправности закључка о оправданој сумњи следи тек у фази контроле оптужнице, због чега је оправдана само минимална интервенција судије за претходни поступак у виду инструкције.

У Радној верзији Закона о изменама и допунама ЗКП – а од 2011. године, било је предвиђено да у случају усвајања предлога осумњиченог и његовог браниоца, судија за претходни поступак предузима доказну радњу. Доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs>, приступљено 1. марта 2013. године

⁹⁹⁴ Према раније важећем ЗКП – у, истражни судија је одлучивао о доказним предлозима странака. У случају неслагања истражног судије са предлозима јавног тужиоца за предузимање поједине доказне радње и за допуну истраге, о неслагању је одлучивало ванпретресно веће коме су достављани целокупни истражни списи. Према ЗКП од 2011. године поступање судије за претходни поступак мора бити искључиво у корист одбране односно у погледу доказа одбране. Предлог се подноси најчешће када је одбрана уверена да ће резултат доказне радње бити повољан за осумњиченог (нпр. претходно прибављена изјава лица).

припремни поступак, доктрина посматра као „функционални надомјестак за увид у истражни спис.“⁹⁹⁵

Последица законодавне технике елиминисања начела истинеразличито је поимање дужности непристрасности из члана 6 став 4 ЗКП у вези са чланом 303 ЗКП у јавнотужилачкој пракси. Део праксе не тумачи дужност непристрасности и као дужност јавног тужиоца да суду достави све доказе и податке који иду у прилог окривљеном, већ само доказе и податке који указују на оправдану сумњу. Налази се да је јавни тужилац само дужан да их цени пре него што у оптужном акту изнесе закључак у погледу оправдане сумње. Упориште за то је дужност јавног тужиоца да упозна субјекте у функцији одбране са свим доказима (па и доказима у корист окривљеног) пружајући им прилику да предложи извођење доказа. Испуњење ове дужности сматра се довољним поштовањем захтева једнакости „оружја“. Јавни тужилац ће позвати осумњиченог и његовог браниоца да у складу са чланом 303 став 2 ЗКП, након што су размотрили списе и разгледали предмете, ставе предлог за предузимање одређених доказних радњи. Основни проблем управо са аспекта начела једнакости „оружја“ је да ће само осумњичени који има браниоца бити у прилици да делотворно остварује право да се упозна са тужилачким списима и да побија незаконито и неправилно поступање јавног тужиоца у погледу дужности да осумњиченом након саслушања, према члана 303 став 1 ЗКП, омогући у довољном року за припремање одбране да размотри списе и разгледа предмете који служе као доказ.

„Скривање доказа“ од суда у супротности је са професионалном етиком и са традиционалним континентално – европским поимањем дужности непристрасности, која у суштини сједињује начела правичности и материјалне истине. Суд се спречава да правилно цени законитост и правилност оптужења односно закључак јавног тужиоца у погледу оправдане сумње, те да контролише поступање јавног тужиоца.

Важан захтев једнакости „оружја“ у адверзијалним системима је откривање доказа (*disclosure of evidence*). „Случај тужилаштва“ и „случај одбране“, одвојене истраге, те одвојени списи странака у корелацији су са дужношћу суда да једнако размотри прикупљени материјал и предмете обе странке. Институти откривања доказа и размене информација израз су потребе да се одбрани омогући да делотворно спроведе своју истрагу ради парирања тужилаштву на суђењу, а да се успостави равнотежа у могућностима странака да се једнако добро припреме за суђење. Опсег откривање доказа повезује начело једнакости „оружја“ и истине.

Тражење истине као функција суђења служи се разменом информација.⁹⁹⁶ Фер откривање је широко откривање уз истовремену улогу суда у позадини да ограничи откривање које би могло довести до застрашивања сведока, откривања идентитета доушника, тако да се одржава равнотежа између потреба окривљеног и штетног ефекта откривања који може настати у појединачном случају.⁹⁹⁷

Дужност саслушаног осумњиченог и његовог браниоца да након прикупљања доказа и материјала у корист одбране обавесте о томе јавног тужиоца прописана је истовремено са дужношћу јавног тужиоца да им омогући разматрање списа и разгледање доказа. Упознавање са прикупљеним доказима има извесне сличности са откривањем доказа у погледу циља који се жели постићи (остваривање једнакости „оружја“) и нормативне

⁹⁹⁵ М. Damaška, (2007), стр. 8 – 9.

⁹⁹⁶ W. J. Brennan Jr., стр. 4.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, стр. 16.

технике (паралелно прописивање дужности јавног тужиоца, специфичне „дужности“ осумњиченог и браниоца да омогуће увид у прикупљени материјал).

Право на увид у тужилачке списе подлеже уском ограничењу, а ово „уступање“ одбрани надомешћују се наметањем „дужности“ одбрани. Друга страна откривања тужилачких доказа је да последица може да буде стварање опасности да је одбрана скројена према откривеном материјалу, чиме би био угрожен положај јавног тужиоца у кривичном поступку.⁹⁹⁸ Противност претпоставци невиности и привилегији против самооптуживања⁹⁹⁹ основне су доктринарне примедбе упућене како правилима о откривању доказа у корист одбране и дужности одбране да размени информације са тужиоцем, тако и упознавању са прикупљеним „доказима“ од стране одбране. Међутим, правило ЗКП – а је инструктивне природе за осумњиченог и браниоца, јер непоштовање правила не повлачи правне последице. Откривање доказа у адверзијалним системима има дугу генезу, сложена и бројна правила за тужилаштво и одбрану. Специфичност су процесне последице због непоштовања правила од стране одбране (извођење супротних закључака, искључивања доказа и немогућност коришћења доказа у кривичном поступку).

7.1. Откривање доказа у адверзијалним поступцима

Откривање тужилаштва у Великој Британији односило се на доказе прикупљене пре суђења који не иду у прилог тужилаштву, те их због тога не користи као основ за оптужбу, а могли би да користе одбрани на суђењу. Издвајају се два вида откривања у пракси: сажетка доказа или копије доказа. Детаљна правила о откривању тужилачких доказа садржана су у Закону о кривичном поступку и истрагама (*Criminal Procedure and Investigations Act – CPIA*) од 1996. године, заједно са *Code of Practice – CP*. Промене су уведене и у Закону о казненој правди (*Criminal Justice Act – CJA*) од 2003. године. Закон о кривичном поступку и истрагама одредио је домашај тужилачког откривања – издвајање материјала за који се може разумно сматрати да је способан да „поткопа“ оптужбу против окривљеног или да „помогне окривљеном.“¹⁰⁰⁰ Садржи засебан механизам у виду обавезе полиције да попише и опише неискоришћени материјал за оптужбу.¹⁰⁰¹

У прилог откривања одбране истиче се да је држава у потпуности у милости окривљеног, јерима могућност да изнесе на суђење доказе изненађења, да у начелу уведе у своју одбрану непредвидиве доказе које хоће, што тужилаштву даје несавладив задатак ако се његови списи у целини открију одбрани.¹⁰⁰² Са друге стране, правна теорија налази да у

⁹⁹⁸ A. Ashworth (2005), стр. 241.

⁹⁹⁹ Бајовић наводи да „привилегија против самооптуживања има шири домашај, с обзиром да право окривљеног да се уздржи од вербалног давања исказа, обухвата и његово право да се уздржи од давања било каквих доказа у кривичном поступку против своје воље.“ Вид.: В. Бајовић, „Право на одбрану ћутањем“, *Правни живот* 10/2008, стр. 6.

О привилегији против самооптуживања („поштовању воље окривљеног да ћути и да не буде приморан да даје изјаву“ и кршењу начела у виду „присиљавања подносиоца представке да достави документе који су можда пружали информације о кривичном делу“) вид.: *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App. no. 54810/00, Grand Chamber, 11 July 2006, para 110–111; *Funke v. France*, ECtHR, App. no. 10828/84, 25. February 1993, para 44; *J.B. v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 31827/96, 3 May 2001, final on 3/8/2001, para 63 – 71

¹⁰⁰⁰ Section 3 – 1(a), доступно на: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/25/section/24>, приступљено 1. фебруара 2019. године

¹⁰⁰¹ A. Ashworth (2005), стр. 239 – 240.

¹⁰⁰² Y. Kamisar, W. R. LaFave, J. H. Israel, стр. 1109.

ширем смислу откривање одбране може да буде пожељно, али да то не значи да откривање тужилаштва треба да буде условљено оним што одбрана открије, иако је Закон о кривичном поступку и истрагама сигурно био погодан да се тумачи тако да је „потпуно откривање тужилаштва нешто што ће се заслужити ако окривљени у потпуности испоштује своје законске обавезе.”¹⁰⁰³

Откривање одбране развија се као изузетак (алиби, научни докази, озбиљна суђења за превару). Закон о кривичном поступку и истрагама, а затим и Закон о казненој правди проширује обавезу која обухвата детаље одбране, следећи почетно откривање тужилаштва, било коју одбрану, сва правна питања на која одбрана намерава да се позове на суђењу, оспоравања оптужбе и разлоге оспоравања, листу са именима и адресама сведока које намерава да позове на суђење, експерата са којима су се консултовали.¹⁰⁰⁴

Ограничења откривања доказа тужилаштва у САД су због постојања јавног интереса и потребе заштите појединаца. Откривање доказа од стране одбране, поред откривања алиби одбране (*alibi defense*) и одбране неурачунљивости (*insanity defense*) на које окривљени планира да се позове на суђењу, може бити независно и условљено.¹⁰⁰⁵ Откривање тужилаштву од стране одбране наилази на нормативну препреку изражену у привилегији против самооптуживања и праву окривљеног на браниоца. Када је очигледна могућност инкриминације из обавезног откривања, откривање које држава може да користи за утврђивање кривице крши привилегију.¹⁰⁰⁶

Поводом дозвољавања веће или мање могућности откривања доказа, у САД водиле су се стручне дискусије. Циљ је био да се пронађе одговарајућа равнотежа између интереса државе за кажњавање учинилаца кривичних дела и да невини не буду осуђени, односно да се ни тужиоцу ни окривљеном не да предност у кривичном поступку. У литератури проналазимо израз „равнотежа предности“ („*balance of advantage*“).¹⁰⁰⁷ Правила су сложена и разликују се на нивоу држава. Око десет држава карактерише у основи дискреционо право судова да захтевају откривање пре суђења у оквиру контроле суђења („*Common law jurisdictions*“), а око четрдесет држава и федерални ниво има правила закона и судова.¹⁰⁰⁸ На страни одбране регулише се обавеза откривања пре суђења тешких одбрана (алиби и одбрана урачунљивости).

Узајамно упознавање са доказима прописано је у делу Савезних правила о доказивању (*Federal Rules of Criminal Procedure*), 16 (б) (1), који се односи на откривање окривљеног (*defendant's disclosure*). Ако је окривљеном, по његовом захтеву, дозвољено откривање документације и предмета од стране тужилаштва, те се са истим сагласило тужилаштво, онда окривљени мора да дозволи на захтев тужилаштва разматрање, копирање односно фотографисање документације и предмета. Услов је намера окривљеног да употреби материјал на суђењу. Исто се односи на налазе или извештаје вештака о телесним и психијатријским испитивањима и научне тестове или експерименте и на сажетке исказавештака.

¹⁰⁰³ А. Ashworth (2005), стр. 241.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, стр. 242.

¹⁰⁰⁵ Условљено откривање подразумева право тужилаштва на откривање одбране и дозвољавање откривања против окривљеног само ако окривљени „изазове“ право тужиоца на откривање тиме што тражи откривање извесних информација од власти. Вид.: R. P. Mosteller, стр. 1569 – 1570.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, стр. 1573.

¹⁰⁰⁷ Y. Kamisar, W. R. LaFave, J. H. Israel, стр. 1113.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, стр. 1115.

У погледу странацких откривања, суд има право да интервенише, успостављајући неопходан баланс. Овлашћења суда огледају се у заштитним и модификујућим наредбама, којима се могу унети измене у обавезе странака (ускраћивање, ограничење, одлагање откривања, одобравање одговарајућих олакшица), а које суд може да донесе било када, у случају да постоје оправдани разлози. Ако странка не поштује наредбу, суд је овлашћен да јој забрани да уведе у поступак „неоткривене доказе“, у зависности од околности конкретног случаја.

Међународне кривичне процедуре одликује широк опсег откривања одбране и правила о међусобном откривању доказа као израз начела правичности односно начела једнакости “оружја“. Правила о поступку и доказима сталног Међународног кривичног суда (79 (1) (a) и 79 (1) (b)) регулишу обавезу откривања од стране одбране алибија и других основа које искључују кривичну одговорност, док судска пракса констатује да према правилима које примењује Суд обавеза обелодањивања одбране може да иде и изван оквира одбрана.¹⁰⁰⁹ Иако су поступку прихваћени елементи континентално – европских процедура, постоје правила својствена странацким поступцима о међусобном обавештавању странака о исправама и обавештењима, дужност тужиоца да што пре обавести одбрану о доказима којима располаже „када сматра да они указују на невиност оптуженог, или би могли умањити његову кривицу, односно утицати на веродостојност доказа оптужбеа уколико у односу на примену овог правила постоји сумња, о њој решава Суд“(члан 67 став 2 Римског статута).¹⁰¹⁰ Дужност откривања тужиоца одбрани пре суђења односи се на личне изворе доказа (саопштавање података о идентитету планираних сведока оптужбе, копије њихових претходно датих исказау односу на предмет будућег сведочења), као и на материјалне доказе (књиге, документи, фотографије, други предмети) под прописаним условима у вези са употребом на главном претресу против одбране, у односу на које се примењује „*нужни реципроцитет*“ у виду дужности одбране да открије такве доказе које има намеру да употреби против оптужбе, у поступку потврђивања оптужбе или на суђењу.¹⁰¹¹ Нарочито је важна контролна и корективна улога предпретресног већа пре суђења (у фази претреса о потврди оптужбе) у виду могућности да доноси наредбе странкама у погледу обелодањивања информација које ће се користити на суђењу (члан 61 став 3 Римског статута), што је детаљније уређено Правилима о поступку и доказима.

Према ПравилимаХашког трибунала откривање тужилаштву односи се на:копије изјава, ако постоје, свих сведока које одбрана намерава да позове да сведоче на суђењу, сачињавање листе сведока које одбрана намерава да позове са именима или псеудонимима, дозвољавање тужилаштву да разматра копије књига, докумената, фотографија и предмета које одбрана чува и контролише, а које намерава да користи као доказ на суђењу,откривање намере да се изнесе одбрана алибија, што подразумева навођење места односно места за која окривљени тврди да је на њима био присутан у време када је учињено кривично дело за које је оптужен, имена и адреса сведока и било којих других доказа на које окривљени намерава да се позове иоткривање поверљивих информација у поседу одбране (Правило 67 (А) (ii), Правило 65 ter (G) (i), Правило 67, Правило 70 (F)).¹⁰¹²

¹⁰⁰⁹ V. Tochilovsky, стр. 264 – 265.

¹⁰¹⁰ О дужности тужиоца и улози Суда у односу на оцену постојања доказа у прилог одбрани: М. Шкулић (2020 b), стр. 364.

¹⁰¹¹ Детаљније о томе: *Ibid.*, стр. 365.

¹⁰¹² V. Tochilovsky, стр. 247 – 268.

Из судске праксе издвајамо противљење проширеном откривању одбране које се односи на копије изјава сведока. У случају Тадић, судија *Vohrah* у издвојеном мишљењу упозорава: „Иако језик који се користи за описивање начела једнакости оружја често одликује широко изражавање како би се обухватило и тужилаштво и одбрана, када су у пракси пронађена кршења овог начела разлог је био да је одбрана на неки начин неправедно онемогућена у припреми или представљању свог случаја.“¹⁰¹³

7.2. Право окривљеног на разматрање списа и разгледање предмета

Начело једнакости „оружја“ тражи слободан приступ списима предмета, употребу бележака, укључујући могућност прибављања копија важног докумената ако је то потребно.¹⁰¹⁴ У погледу права на приступ копијама снимака тајног надзора, одлучивање се препушта националним телима, али ЕСЈП задржава надзор у виду оцене постојања *противтеже* немогућности одбране да добије копије снимака (нпр. израда транскрипта снимака од стране независног и непристрасног вештака и репродукција снимака на суђењу, разматрање сумњи одбране у погледу неподударности између транскрипата и аудио записа, стављање транскрипата на располагање у тренутку подизања оптужнице).¹⁰¹⁵

Остваривање начела цени се према поступку у целини тако што се испитује да ли су одбрани нанете тешкоће приликом припремања одбране односно да ли је остваривање права на приступ било могуће, благовремено и да ли је остављен адекватан рок за реализацију права. Ограничења нису искључена, нарочито у фази истраге, али ограничења приступа списима предмета не смеју да спрече одбрану да се упозна са доказима који су резултат истраге пре суђења ради њиховог коментарисања.¹⁰¹⁶

Директива ЕУ 2012/13 од 22. маја 2012. године о праву на информацију у кривичном поступку указује да приступ спису предмета мора да буде благовремен ради остваривање делотворне одбране, *а најкасније приликом подношења оптужнице суду на разматрање*.¹⁰¹⁷ Предмет права су како докази оптужбе (на којима се заснива оптужба, те и осуђујућа пресуда) и подаци који могу да буду у корист одбрани (у списима предмета или који нису укључени у списе предмета).¹⁰¹⁸

¹⁰¹³ *Separate Opinion of judge Vohrah on prosecution motion for production of defence witness statements*, доступно на: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/61127ws21.htm>, приступљено 20. фебруара 2019.

¹⁰¹⁴ *Beraru v. Romania*, ECtHR, App. no. 40107/04, 18 March 2014, final on 8/9/2014, para 70; *Moiseyev v. Russia*, ECtHR, App. no. 62936/00, 9 October 2008, final on 6/4/2009, para 213–218; *Matyjek v. Poland*, ECtHR, App. no. 38184/03, 24 April 2007, final on 24/9/2007, para 59; *Foucher v. France*, ECtHR, App. no. 22209/93, 18 March 1997, para 36

¹⁰¹⁵ *Matanović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 2742/12, 4. travanj 2017., para 166 – 168

¹⁰¹⁶ *Öcalan v. Turkey*, ECtHR, 46221/99, 12 May 2005, para 140

¹⁰¹⁷ Ако се има у виду процесни тренутак када наступају ограничења слобода и права као последице кривичног поступка, према члан 10 став 3 ЗКП, благовременост разматрања списа омогућава окривљеном и његовом браниоцу да се позову на податке за које постоји могућност да иду у корист одбрани пре него што ограничења наступе.

¹⁰¹⁸ Овде спадају подаци „који омогућавају ослобођење, смањење казне или се односе на допуштено, поузданост и потпуност важних доказа“, а што треба да цене домаћи органи у вези са захтевима одбране, „у одговарајућем поступку у коме би се могла правилно оценити важност доказа добијених од органа кривичног гоњења и нужност увида у њих.“ Вид.: *Matanović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 2742/12, 4. travanj 2017, para 170 – 184

Значајни су основни налази Европске комисије за људска права у случају *Jespers v. Belgium*: 1. у сврху припремања одбране, право на приступ тужилачким списима јеправо на упознавање са резултатима истраге оствареним током поступка; 2. право није изричито гарантовано Конвенцијом, али се може извести из члана 6 став 3 (б) Конвенције који гарантује право на довољно времена и могућности за припрему одбране; 3. одбрана треба да има приступ свим важним доказима, који су прикупљени или треба да буду прикупљени од стране тужилаштва; 4. под појмом важних доказа подразумева се *доказни материјал који иде у прилог одбрани* (може довести до ослобођења од оптужбе или до блаже осуде, а што мора да се докаже у конкретном случају); 5. у неким случајевима може бити потребно да се не открију одређени докази одбрани (како би се очувала основна права другог појединца или како би се заштитио важан јавни интерес), али такве мере морају да буду стриктно неопходне, а било какве *тешкоће* узроковане одбрани морају бити *довољно уравнотежене* у поступку пред судом.¹⁰¹⁹ Гаранције заштите права на одбрану у случају одбијања приступа списима предмета су *одлучивање суда*¹⁰²⁰ или *преиспитивање одлуке о одбијању од стране суда*.¹⁰²¹ Директива ЕУ 2012/13 указује на потребу увођења ових гаранција у случају одбијања и одлагања увида у списе предмета.

Законик о кривичном поступку прописује одлучивање јавног тужиоца у истрази о разматрању списка, када је реч о разматрању списка од стране „свакога ко оправдани интерес“, али не садржи јасне, потпуне и усаглашене одредбе о праву осумњиченог и његовог браниоца и о дозвољеном ограничењу права.

Разматрање списка од стране лица која имају оправдани интерес обухвата разматрање у ужем смислу, копирање или снимање *појединих списка*. Ограничење се односи на списе које имају ознаку тајности.¹⁰²² Јавни тужилац даје дозволу за разматрање списка искључиво лицима која имају оправдан интерес.

Издвојено је разматрање списка и разгледања предмета окривљеног односно осумњиченог који је саслушан и његовог браниоца, као њихово право. Тумачењем ових одредаба би се могло закључити да је право субјеката у функцији одбране апсолутно и да имају право на дозволу односно да им не треба формална дозвола. Међутим, ограничење разматрања списка и разгледања предмета као доказа у истрази, једино и непотпуно, прописује се за осумњиченог и његовог браниоца у току истраге, у одредби члана 303 став 1

Директива ЕУ 2012/13, у члану 7, налаже државама чланицама да осигурају ефективан приступ бар свим материјалним доказима у поседу надлежних органа *који су или за или против окривљених*. Током припремних седница за доношење Директиве, оригинал одредница "*case file*" промењена је у "*materials of the case*," у складу са запажањем да сва национална законодавства не деле концепт "*case file*". Вид.: S. Quattrococo, стр. 81 – 93.

¹⁰¹⁹ *Jespers v. Belgium*, EComHR, App. no. 8403/78, Report, Opinion of the Commission, para 52 – 58, стр. 16 – 18, доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95751>, приступљено 29. јуна 2018. године

¹⁰²⁰ Шпански Закон о кривичном поступку (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*), у члану 302, прописује одлуку судије за истрагу (*Juez de Instrucción*) о ограничењу чије је трајање временски лимитирано из разлога: 1. избегавање озбиљног ризика за живот, слободу или физички интегритет друге особе; 2. избегавање ситуације која би могла да озбиљно угрози исход истраге или поступка.

¹⁰²¹ Посебна критика се везује за то да се у неким случајевима када је откривање наређено, тужилаштво осећало примораним да радије одустане од гоњења него да компромитује јавни интерес. Вид.: Roger Leng, „The exchange of information and disclosure“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002, стр. 212.

¹⁰²² Ознака тајности помиње се у поступку одређивања статуса заштићеног сведока („заштита сведока – строго поверљиво“), чувању података о истоветности заштићеног сведока (члан 107 и 110 ЗКП), поступку предузимања посебних доказних радњи (члан 165 ЗКП, члан 187 став 2 ЗКП).

ЗКП, када нису још увек саслушани сви доступни осумњичени.¹⁰²³ Ограничење права на увид у списе предмета на први поглед рестриктивније је постављено у односу напоменуте европске стандарде и примере у упоредном законодавству, с обзиром да се примењује док се предузимају доказне радње саслушања доступних осумњичених.¹⁰²⁴

Раније кривично процесно законодавство садржало је шира ограничења вођена начелом материјалне истине.¹⁰²⁵ У пракси се указује на могуће злоупотребе важећег ограничења. „Тужилац самостално одређује редослед доказних радњи и може довести браниоца у позицију да присуствује испитивању сведока, иако није био у могућности да се претходно упозна са списима из разлога што није саслушан неки од саосумњичених.“¹⁰²⁶ Ова ситуација је потенцијална опасност за право на делотворно „суочење“ са сведоком, ако је реч о сведоку чији се исказ обезбеђује у истрази и чини основ за пресуду. Језичким и системским тумачењем важећих законских решења, закључује се да бранилац и осумњичени имају право да изврше увид у тужилачке записнике о испитивању сведока из члана 300 став 2 ЗКП. Законик у овом случају не предвиђа основ за даље ограничење права на одбрану.

Изједначавање формулације „упознавање са прикупљеним доказима“ са откривањем доказа у страначким системима, с обзиром на претходно поменуте одлике, било би погрешно. Због тога анализирамо право на увид у списе предмета и изводимо следећа правила и запажања:

1. *Постоји дужност јавног тужиоца да осумњиченом који је саслушан и његовом браниоцу омогући разматрање списа и разгледање предмета* који служе као доказ. Законик не прописује рок за реализацију дужности јавног тужиоца, постојање посебног формалног захтева осумњиченог или браниоца за разматрање списа нити доношење било које одлуке јавног тужиоца. Право неспорно обухвата видове разматрања као што су читање и прављење бележака¹⁰²⁷ односно преписивање и разгледање прикупљених предмета који служе као доказ. Законик изоставља у општем делу право на „копирање и снимање“, али је јединствен став у теорији и у пракси да се ови видови разматрања подразумевају. Закључак се изводи логичким и системским тумачењем. Могућност копирања и снимања односи на лица која имају оправдани интерес, те свакако и на осумњиченог и браниоца чији је интерес

¹⁰²³ У литератури ранијег југословенског кривично процесног законодавства проналази се супротан став судске праксе: „Браниоцу окривљеног који је испитан не може се ускратити право на разматрање списа због тога што остали окривљени у том кривичном поступку још нису испитани“ (ВСХ, I Кж. 677/86. од 4. IX 86). Вид.: Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 97.

¹⁰²⁴ Закон о кривичном поступку Немачке детаљно регулише увид у списе предмета (§ 147 StPO). Браниоцу се пре завршетка истраге може ускратити да изврши увид у поједине делове списа или предмете који служе као доказ, *ако би то угрозило сврху истраге*, али се посебна правила примењују у случају лишења слободе окривљеног. Увид у списе предмета условљен је могућношћу присуства браниоца истражним радњама. Засебно се регулише право окривљеног који нема браниоца да изврши увид у списе предмета и ограничава у одређеним случајевима (сврха истраге, заштита претежнијих интереса трећих лица). Суд преиспитује одлуку тужилаштва о забрани увида у списе предмета.

¹⁰²⁵ У ранијем југословенском законодавству ограничења су била „*интерес поступка*“ (Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије), „*оправдани разлози*“ (Законик о кривичном поступку од 1953. године), привремена ускраћивања из „*посебних разлога одбране или безбедности земље*“ (Закон о кривичном поступку СФРЈ од 1976. године).

¹⁰²⁶ Ј. Тинтор (2018), стр. 91.

¹⁰²⁷ Ефективно учешће окривљеног подразумева *право на састављање бележака* без обзира да ли га заступа бранилац, као и *право на изношење бележака*, како се не би само ослањао на своју меморију. Вид.: *Matyjek v. Poland*, ECtHR, App. no. 38184/03, 24 April 2007, final on 24/9/2007, para 59

неспоран. Осим тога, није прописано ограничење права саслушаног осумњиченог и његовог браниоца.¹⁰²⁸

Издвојена је конкретна дужност јавног тужиоца да обавести осумњиченог и његовог браниоца који нису присуствовали вештачењу да записник о вештачењу или писани налаз и мишљење могу да разгледају и *копирају* (члан 123 став 4 ЗКП). Ове дужности независне су од обавештавања јавног тужиоца од стране осумњиченог и браниоца о прикупљању доказа и материјала у корист одбране.

2. Јавни тужилац дужан је да остави осумњиченом и браниоцу на располагању *рок* који је *довољан за припремање одбране*, те рок у коме *могу да изнесу примедбе* на вештачење, што зависи искључиво од свих околности случаја, пре свега сложености предмета. Ова дужност је независна од тога да ли су осумњичени и бранилац омогућили јавном тужиоцу разматрање доказа и материјала у корист одбране.

3. Опредељење законодавца је да јавном тужиоцу *сузи могућност да ограничи право на увид у списе предмета (факултативно одлагање увида у списе предмета)* у делу истраге односно привремено (до завршетка доказних радњи саслушања доступних осумњичених). *Изостаје предвиђање формалне одлуке о одлагању и разлога одлагања*, те ограничење тражи примену захтева ограничења права на правично суђење. Законик не прави разлику у односу на осумњиченог који је лишен слободе и могућност браниоца да ефективно остварује право да испитује *законитост притвора*, што је потребно одвојено регулисати. Нису предвиђене претпоставке за ограничавање права на одбрану.¹⁰²⁹

Европска конвенција о људским правима и основним слободама, европски стандарди и упоредно законодавство (укључујући и регионално законодавство) дозвољава по овом питању већи слободан простор држави у истрази.¹⁰³⁰ Ужа ограничења права на увид у списе предмета могу да буду последица елиминисања начела истине и постављања начела правичности за врхунско начело кривичног поступка. Ипак, не можемо да закључимо да се законодавац водио овим мотивом, с обзиром да је управо инквизиторни елеменат у нашем кривичном поступку ограничење права осумњиченог и браниоца у истрази да присуствују саслушању других осумњичених и сведока из члана 300 став 2 ЗКП – а. Додатни је проблем ако је исказ других осумњичених и сведока важан за законито и правилно одлучивање о притвору осумњиченог.

4. Ограничење права увида у списе предмета није постављено паралелно са ширим ограничењем права одбране на присуство доказним радњама (присуство саслушању

¹⁰²⁸ Законик о кривичном поступку од 2006. године прописивао је поступак разматрања списа и разгледања прикупљених предмета који служе као доказ (уз присуство службеног лица писарнице, сачињавање службене белешке) и изричито ограничење права окривљеног и браниоца на копирање и фотографисање када је реч о преписима снимака који су резултат посебне доказне радње, што је било усаглашено са правом браниоца на увид у доказни материјал. О томе: М. Шкулић, (2007 а), стр. 288, 289, 600.

¹⁰²⁹ Претпоставке за ограничење права на одбрану односе се на тежину/врсту кривичног дела, односно заштитни објект и легитимни циљ који се штити ограничењем. Уставни суд Хрватске не доводи у питање лимитирања права на одбрану када су у питању „дјела која пријете организираном животу у заједници” и важни јавни интереси („национална сигурност“ и „заштита живота или тијела других особа“). Вид.: Z. Đurđević (2012), стр. 423

¹⁰³⁰ Ограничења приступа списима предмета ради потреба истраге постоје у већини држава, у смислу да се способност ефективног учествовања и преиспитивања тужилачких/истражних радњи може ограничити до завршетка истраге, мада се јављају и проблеми у вези са одступањима. Вид.: *Legal Experts Advisory Panel Survey Report: Access to the Case File March 2015*, 19., доступно на: <http://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Access-to-file-report-FINAL.pdf>, приступљено 5. октобра 2019.

саосумњиченог се не регулише и често се не примењује као правило, али се може одложити увид у списе предмета док се не саслуша последњи доступан осумњичени; непозивање осумњиченог и браниоца испитивању сведока из члана 300 став 2 ЗКП није накнадно праћено ограничењем права одбране на увид у списе предмета).

5. Надзору погледу остваривања права одбране на увид у списе предмета нормативно се може обухватити општом контролом правилног и законитог поступања јавног тужиоца у истрази – хијерархијском (*приговор непосредно вишем тужилаштву због неправилности у току истраге*) и супсидијерно судском (*притужба судији за претходни поступак због неправилности у току истраге*). Поставља се питање колико је ова контрола делотворна.¹⁰³¹

8. Приговор и притужба због неправилности у току истраге

Приговор због неправилности у току истраге средство је одбране за контролу поступања јавног тужиоца у истрази, прописано чланом 312 ЗКП – а, којим се штити начело једнакости „оружја“. Овлашћени подносиоци су осумњичени и његов бранилац. Подноси се по сазнању за неправилност, а најкасније до завршетка истраге. Предмет приговора је одуговлачење поступка и друге неправилности у току истраге.

Непосредно виши јавни тужилац (хијерархијска контрола) одлучује решењем о одбијању или усвајању приговора против којих није дозвољена жалба ни приговор. Рок за одлучивање о приговору је осам дана од дана пријема приговора. Иако је рок инструктиван, ово нормативно решење законска је гаранција ефективног одлучивања. Решење о усвајању садржи обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу да отклони утврђене неправилности у току истраге.

Супсидијерно правно средство је притужба судији за претходни поступак из члана 312 став 3 ЗКП (судски надзор). Ако непосредно виши јавни тужилац одбије приговор, осумњичени и његов бранилац имају право да у року од осам дана по пријему решења о одбијању приговора поднесу притужбу судији за претходни поступак. Судија цени основаност притужбе. У случају да нађе да је основана, *наложиће* да се предузму мере за отклањање неправилности. Законик не регулише да судија за претходни поступак доноси решење којим одлучује о притужби односно решење којим се одбија притужба, те ни жалбу против решења о одбијању притужбе, што оставља простор за различита тумачења с обзиром на одредбу члана 467 став 3 ЗКП и контролну улогу судије за претходни поступак која се иницира у случају да непосредно виши тужилац решењем одбије приговор.¹⁰³²

¹⁰³¹ Дејство повреде дужности јавног тужиоца отклоњиво је и у поступку контроле оптужнице. Недостаци се „лече“ дозволом ванпретресног већа да окривљени и бранилац изврше увид у судске списе. Проблем је задржавање доказа од стране јавног тужиоца. Ако нема довољно доказа који иду у прилог оправдане сумње, веће евентуално може да „спроведе правну гимнастику“ доношењем наредбе којом се наређује допуна истраге у виду спровођења доказне радње увида у исправу и достављање суду исправе, на коју се позива у одговору на оптужницу. Међутим, проблем је сумња да доказ у корист одбране заиста и постоји. У пракси уочавамо, због навода из одговора на оптужницу, неформална поступања у корист одбране (непосредан увид у тужилачке списе након налагања у дописима тужилаштву да кривичном ванпретресом већу доставе све тужилачке списе ради провера навода одбране).

¹⁰³² Правне празнине Закона о казненем поступку Хрватске у погледу утврђивања да је неоснован приговор тумаче се тако да судија за истрагу не доноси формалну одлуку, већ само обавештава окривљеног и предмет враћа државном тужиоцу. Вид.: Š. Pavlović, стр. 511 – 512.

Примена приговора због неправилности у току истраге преплиће се у извесној мери са применом других правних средстава. Изјављивањем приговорау циљу убрзавања поступка по Закону о заштити права на суђење у разумном року, контрола и надзор над радом јавног тужиоца усмеренису од председника суда ка непосредно вишем јавном тужиоцу. Осумњичени и његов бранилац имају право да предложи судији за претходни поступак доношење решења о издвајању записника о предузетим доказним радњама у истрази. Истраживањем судске праксе примећује се да је присутнатенденција одбране да поједине неправилности наводе у одговору на оптужницу, као аргументацију за предлог доношења решења о издвајању записника о предузимању доказне радње (недостављање налаза и мишљења вештака, незаконитост поступка вештачења, непружање прилике окривљеном да присуствује спровођењу доказних радњи).

Закон о кривичном поступку СФРЈ од 1976. године, у члану 181, прописивао је право странака и оштећеног да се увек обрате притужбом председнику суда због одуговлачења и других неправилности у току истраге, испитивање навода у притужби и обавештење подносиоца о предузетом, ако постоји захтев у том правцу. Притужба се дефинисала као „правно средство“, „указивање (пријава) надлежном органу судске управе“ на повреду дужности од стране органа поступка (у фази истраге – истражног судије) које се тиче: „радњи, пропуштања, начина на који се води поступак, или темпа којим га води, који се показује штетним за права странака и циљеве поступка“, а одлучивање о притужби подразумевалоје наређење у погледу убрзања поступка, отклањања недостатака, или покретање одговарајућегпоступка против одговорног лица.¹⁰³³ Притужба у истрази задржана је у каснијим законцима.

Кривично процесно право Аустрије предвиђа притужбу због повреде субјективног права, гарантованог Закоником о кривичном поступку, од стране полиције и државног тужиоца (§ 106 StPO *Einspruch wegen Rechtsverletzung*), у литератури означено као правно средство¹⁰³⁴ окривљеног и другог лица које се може користити током истраге. Предмет притужбе су процесна права окривљеног (одбијање или нарушавање процесних права).¹⁰³⁵ Притужбом се штити објективност у поступању и делотворна одбрана. У хрватском праву детаљно се регулише „заштита поступовних права одбране“ писаним приговором државном одвијетнику (циљ приговора, разлози за изјављивање, када се може поднети, обавезна садржина, улога суда).¹⁰³⁶

Основна питања која постављамо пре истраживања су да ли и у којој мери се иницирају механизми контроле и надзора, које су најчешће истицане неправилности и ставови праксе у вези са неправилностима у току истраге, те да ли нормативна решења практично омогућавају делотворну одбрану у истрази.

¹⁰³³ Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 246.

¹⁰³⁴ Z. Đurđević (2010), стр. 14.

¹⁰³⁵ Cristian Bertel, Andreas Venier, *Einführung in die neue Strafprozessordnung*, 2., überarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Wien 2006, стр. 161 – 162.

¹⁰³⁶ Закон о казном поступку Хрватске (члан 239а) утврђује следеће: 1. приговор се подноси у циљу отклањања ускраћивања или повреде права противно закону или ако окривљени сматра да нису испуњене законске претпоставке за спровођење истраживања (када је реч о лакшим кривичним делима – прописана новчана казна или казна затвора до пет година); 2. разграничење разлога за подношење приговора од разлога за подношење жалбе против решења о спровођењу истраге; 3. приговор може да се поднесе након достављања решења о спровођењу истраге и након доставе обавештења о спровођењу доказних радњи; 4. садржина приговора обухвата ознаке предмета/одлуке/радње, разлоге, предлог у погледу начина остваривања ускраћеног права; 5. супсидијерна улога „судца истраге“; 6. садржина налога „судца истраге“ (остварење права или спровођење или понављање радње).

8.1. Приговор због неправилности у току истраге у јавнотужилачкој пракси

Спроведено је истраживање у Вишем јавном тужилаштву у Београду и Апелационом јавном тужилаштву у Београду. Предмет истраживања су: 1. број и садржина приговора због неправилности у току истраге који су поднели осумњичени или њихови браниоци током истраге на рад основних и виших јавних тужилаштава, на основу члана 312 став 1 ЗКП, појединачно за 2013. годину, 2014. годину, 2015. годину, 2016. годину, 2017. годину и 2018. годину; 2. број и садржина решења о одбијању приговоронетих на основу члана 312 став 2 ЗКП, појединачно за наведене године; 3. број и садржина решења о усвајању приговора, донетих на основу члана 312 став 2 ЗКП, појединачно за наведене године; 4. позивање на начело једнакости „оружја“; 5. поступак одлучивања и примена заштитних мера у корист одбране.

8.1.1. Приговор у пракси Вишег јавног тужилаштва у Београду

Резултати истраживања у Вишем јавном тужилаштву у Београду су следећи: током 2013. године није поднет *ниједан приговор* због неправилности у току истраге; 2. током 2014. године укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге о којима је одлучено је *пет*, сви приговори су одбијени; 3. током 2015. године укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге о којима је одлучено је *два*, сви приговори су одбијени; 4. током 2016. године укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге о којима је одлучено је *два*, од којих је **један усвојен**; 5. током 2017. године укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге о којима је одлучено је *четири*, сви приговори су одбијени; 6. током 2018. године укупан број приговора због неправилности у току истраге по којима је донета одлука у току године је *пет*, од којих је један одбачен, један одбијен, **два приговора су усвојена**, док је **један у делу усвојен**, а у делу одбијен.

табела 1

<i>Година</i>	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Укупан број поднетих приговора</i>	/	5	2	2	4	5
<i>Решења о одбијању приговора</i>	/	5	2	1	4	1
<i>Решења о усвајању приговора</i>	/	/	/	1	/	3
<i>Решења о одбацивању приговора</i>	/	/	/	/	/	1

Из садржине приговора и решења произлази које неправилности се истичу и цене у пракси као неправилности у истрази, околности релевантне за оцену постојања неправилности и учесталост позивања на појединачне неправилности.

Осумњичени и браниоци најчешће су се позивали **наповреде права на одбрану**: неправилност одлуке о удаљењу браниоца приликом саслушања малолетног сведока оштећене; неприбављањеподатака и непредузимање доказне радње у корист одбране; достављање позива браниоцу за саслушање осумњиченог тако да између достављања позива и заказаног саслушања није протекло довољно времена за припремање одбране; непозивање браниоца да присуствује испитивању сведока (цени се да је бранилац присуствовао испитивању сведока, да ли је потписао записник, да ли је тражио одлагање или се противио испитивању); ускраћивање питања браниоцу (цени се број постављених питања браниоца,

релевантност постављеног питања, да ли се питањем вређају заштићени интереси оштећеног); непристрасно поступање јавног тужиоца; *три неправилности у вези разматрања списка од којих су две основане*. Приговор који се односио на недозвољавање браниоцусаслушаног првоосумњиченог да присуствује саслушању трећеосумњиченог, одбијен је као неоснован.

Наредна најчешће истицана неправилност односи се на *нелегалне доказе*: неправилности током препознавања, незаконито саслушање осумњиченог, незаконито испитивање сведока, предлагање издвајања записника о саслушању осумњиченог и испитивањусведока и преписа снимака испитивања оштећеног и дискова са снимцима, због присуства односно присуства процесних субјеката доказним радњама, неправилног потписивања записника о испитивању сведока. Сви приговори су одбијени као неосновани.

Трећа по учесталости неправилност је *неправилност у погледу вештачења*. Три усвојена приговора односе се на неправилности у поступку одређивања вештачења и након спроведеног вештачења.

Први усвојен приговор односи се на неодређивање *психијатријског вештачења* истог окривљеног у више предмета.¹⁰³⁷ У овом случају наложено је да се изврши психолошко вештачење личности окривљеног на околност његове менталне зрелости, те да се, ако се вештачењем констатује да је ментална зрелост окривљеног на нивоу малолетног лица, обједине сви предмети по којима се воде поступци пред три основна тужилаштва и списи предмета проследи Вишем јавном тужилаштву на надлежност.¹⁰³⁸ Примећује се да је предлог браниоца у суштини предлог за предузимање доказне радње, али се налази да се може подвести под неправилност у току истраге из члана 312 став 1 ЗКП, јер су постојале „индиције које указују да је ментална зрелост на нивоу малолетника“.

Други усвојен у делу приговор односи се на *примену одредбе члана 123 став 4 ЗКП – а*. Ниједно вештачење није достављено браниоцу. Бранилац није обавештен о предузетом вештачењу и да је завршено. Наложено је да му се *вештачење достави* и да му се одреди примерен рок за изношење примедби.

Трећи усвојени приговор односи се на *повреду одредбе члана 117 став 1 ЗКП – а*. Непосредно пре предузимања вештачења, није донета писана наредба о вештачењу и није достављена осумњиченом и браниоцу, већ је састављена накнадно. Наложено је да се браниоцу *одобри увид и копирање списка предмета*.

Осумњичени и браниоци су се позивали и на *одуговлачење истраге* (трајање истраге, да ли је пронађен осумњичени, када је примљен извештај полиције о обавештењима примљеним од грађана). **Четврти усвојени приговор односи се на одуговлачење истраге**, јер је од пријема извештаја полиције о обавештењима примљеним од грађана до подношења приговора протекло једанаест месеци, а није донета одлука по кривичној пријави. Наложено је да се предузму доказне радње саслушања осумњиченог, испитивања сведока, да се по потреби испитају побројани сведоци, да се одреде одговарајућа вештачења, те да се анализом прикупљених доказа у што краћем року донесе одлука по кривичној пријави.

¹⁰³⁷ Интересантно је да из приговора због неправилности у току истраге у предмету Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 2/16 произлази мишљење браниоца да је институт приговора због неправилности у току истраге најприкладнији за делотворну одбрану.

¹⁰³⁸ Из решења Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 2/16 од 25.5.2017. године, непосредан увид у Вишем јавном тужилаштву у Београду.

Од осталих неправилности истицала се *незаконитост наредбе о довођењу и неправилност наредбе о спровођењу истраге* (нејасан опис радње извршења и кривично дело које се окривљеном ставља на терет)¹⁰³⁹.

табела 2

Предмет приговора по учесталости	Основаност приговора
Повреда права на одбрану.	Два основана приговора због неправилности разматрања списа у вези вештачења.
Незаконити докази	/
Неправилности у поступку одређивања вештачења и након спроведеног вештачења	Три основана приговора. (два приговора због неправилности разматрања списа у вези вештачења, један приговор због неодређивања вештачења).
Одуговлачење истраге	Основан приговор због непоступања јавног тужиоца по кривичној пријави.
Незаконитост наредбе о довођењу; неправилност у погледу обавезног садржаја наредбе о спровођењу истраге	/

Запажа се да се у поступку одлучивања о приговору тражи изјашњење поступајућег заменика јавног тужиоца пре доношења одлуке, иако то није формалноправно прописано. Решења о одбијању приговора у највећем броју случајева садрже поуку о праву на притужбу и року за подношење притужбе судији за претходни поступак. Уочава се да се у случају подношења приговора окривљени поучава да претходно искористи одређена процесна права (право на подношење предлога судији за претходни поступак из члана 302 став 2 ЗКП), чиме се обезбеђује поштовање права на одбрану.

8.1.2. Приговор у пракси Апелационог јавног тужилаштва у Београду

Резултати истраживања у Апелационом јавном тужилаштву у Београду су следећи: 1. током *2013. године* укупно је поднето *три* приговора због неправилности у току истраге, од којих су два одбијена, а један одбачен као неблаговремен; 2. током *2014. године* укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге је *десет*, од којих је један уступљен на надлежност Републичком јавном тужилаштву, осам приговора је одбијено, а **један је усвојен**; 3. током *2015. године* укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге о којима је одлучивано је *осам*, сви приговори су одбијени; 4. током *2016. године* укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге о којима је одлучивано је *седам*, сви приговори су одбијени; 5. током *2017. године* укупан број поднетих приговора због неправилности у току истраге, решених у току године, је *седамнаест* (од којих је једанаест поднето у истом предмету од стране једанаест окривљених), о једном није одлучивано формалном одлуком због неблаговремености, а сви остали приговори су

¹⁰³⁹ Истицање неправилности у погледу наредбе за спровођење истраге узроковано је немогућношћу одбране да изјави жалбу против одлуке о спровођењу истраге и дилема у погледу изјављивања захтева за заштиту законитости у корист окривљеног против наредбе о спровођењу истраге, иако се Закоником ова одлука не искључује из опсега одлука против којих је начелно дозвољено изјављивање захтева за заштиту законитости (члан 482 став 1 ЗКП, члан 485 став 2 ЗКП) и из праксе Врховног касационог суда произлази разматрање захтева изјављеног против наредбе, као одлуке у кривичном поступку (пресуда Врховног касационог суда 947/2019).

одбијени; 6. током 2018. године укупан број приговора због неправилности у току истраге, по којима је донета одлука у току године је *пет*, сви приговори су одбијени.

табела 3

<i>Година</i>	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Укупан број поднетих приговора</i>	3	10	8	7	17	5
<i>Решења о одбијању приговора</i>	2	8	8	7	16	5
<i>Решења о усвајању приговора</i>	/	1	/	/	/	/
<i>Решења о одбацивању приговора</i>	1	/	/	/	/	/
<i>Нема формалне одлуке</i>	/	1	/	/	1	/

Из садржине приговора и решења произлази које неправилности се истичу и цене у пракси као неправилности у истрази, околности релевантне за оцену постојања неправилности и учесталост позивања на појединачне неправилности.

Осумњичени и браниоци најчешће су се позивали на *одуговлачење истраге*, нарочито у притворским предметима,¹⁰⁴⁰ као и на одуговлачење поступка наредбом о допуни истраге. Предлагали су издавање обавезног упутства да се без даљег одлагања предузимају доказне радње. Предмет оцене у поступку по приговору била је сложеност предмета, обимност доказа које јавни тужилац анализира ради доношења одлуке о току истраге, број окривљених, да ли постоје објективне околности које утичу на предузимање доказних радњи, динамика процесних радњи, временски размак између заказивања саслушања окривљених, испитивања сведока, врсте доказних радњи које се предузимају по наредби о допуни истраге (допунско вештачење које води бољем разјашњењу стања ствари), чињеница да судија за претходни поступак цени околност трајања поступка када одлучује о продужењу притвора.

Наредна најчешће истицана неправилност је *ускраћивање разматрања списка* (сазнавања садржине комуникације и резултата тајног праћења, копирање дискова, сазнавања идентитета сведока), *нездруживање доказа у списе* (транскрипата пресретнутих разговора и пресретнутих СМС порука) и *немогућност благовременог упознавања одбране са списима предмета*, преиспитивана према фази у којој се налази поступак по предмету и интересима редовног одвијања поступка у складу са чланом 65 став 2 Правилника о управи у јавним тужилаштвима. Предлагано је да се донесе обавезно упутство ради омогућавања разматрања и фотокопирања списка.

Налази се да најпре јавни тужилац треба у потпуности да се упозна са списима, те да након тога обавести браниоца када ће му дозволити да изврши увид. У поступку се утврђивало да ли је саопштен термин разгледања списка и временски размак између

¹⁰⁴⁰ Наводило се да од доношења решења о одређивању притвора до подношења приговора није поступано или да није поступано довољно ажурно. Нарочиту пажњу потребно је усмерити на оцену неправилности у вези динамике спровођења доказних радњи и предузимања доступних мера да се обезбеди доказ ако је притвор одређен искључиво због опасности од доказне опструкције. Поступање јавног тужиоца у овим предметима у директној је вези са трајањем притвора и дужношћу да се трајање притвора сведе на најкраћу могућу меру.

саопштавања и предузимања доказних радњи, те се ценило да ли је рок за припрему одбране био задовољавајући, имајући у виду и да ли су постојале примедбе на дати рок. У случају истицања да одбрани нису предати ЦД – ови са записима разговора, налазило се да је важно да ли су браниоци обавештени о терминима у којима ће им бити омогућено да преслушавају снимљени аудио и видео материјал. Уочено је да се након подношења приговора због ускраћивања увида у списе предмета, а пре одлучивања о приговору, *враћа предмет надлежном јавном тужиоцу да претходно донесе одлуку о молби/захтеву браниоца за увид и фотокопирање списа предмета* и да о томе обавести браниоца, те се цени образложење решења јавног тужиоца (није саслушан окривљени, а поштована су сва прописана права на одбрану – омогућен поверљив разговор, уручен записник о увиђају, присутност испитивању свих сведока, уручене копије записника о саслушању сведока, достављена наредба о вештачењу). Заузет је став да је потребно да *списи и предмети служе као доказ*. У одбијајућим решењима образлагало се да „службене белешке о обавештењима грађана нису доказ према члану 286 став 2 у вези члана 288 став 1 ЗКП и да се садржина изјава грађана не наводи се у кривичној пријави у складу са чланом 288 став 8 ЗКП“, због чега није дозвољено њихово разматрање.

Трећа по учесталости неправилност је *неправилност у поступку вештачења*. Једини случај усвајања приговора односио се одлуку којом се вештачење поверило друштву за вештачење које није уписано у Регистар судских вештака у супротности са чланом 9 Закона о судским вештацима – ЗСВ.¹⁰⁴¹ У образложењу решења налаже се надлежном тужилаштву да донесе одлуку којом се вештачење поверава судским вештацима уписаним у регистар судских вештака у складу са ЗСВ како би налаз имао доказну снагу.¹⁰⁴²

Неправилности на које се одбрана позивала односиле су се на *наредбу о вештачењу* (да ли је наложено утврђивање околности које представљају правна питања, да ли је правилно поверавање вештачења комисији судских вештака, у складу са чланом 118 став 2 ЗКП уместо стручној установи или државном органу према члану 118 став 4 ЗКП, предлог да се опозове наредба за вештачење којом је за установу одређена друга установа у односу на наведену у наредби кривичног ванпретресног већа за вештачење). Предмет оцене у поступку по приговору било је да ли постоје разлози за вештачење у смислу члана 113 став 1 ЗКП, на која питања треба вештак да одговори (члан 118 став 1 тачка 4 ЗКП) и да ли су одговори на питања из домена стручног знања и вештина, као и образложење наредбе о вештачењу.

У приговорима су се истицале и неправилности у погледу *обавештења о вештачењу*. С тим у вези утврђује се да ли је одбрана обавештена о наредби за вештачење, да ли је од вештака обавештена о заказаном вештачењу, да ли је осумњичени имао стручног саветника, односно да ли му је постављен стручни саветник. У погледу *правилности наредбе о одређивању другог вештакана* налази се да је потребно да се наведу разлози, али се цени да се, иако нису наведени разлози, позива на одредбу члана 124 ЗКП, те да се ови пропусти не могу сматрати недостацима у *суштинском смислу*. Разматра се *да ли су неправилности од таквог значаја да би се издало обавезно упутство да сеповуче наредба*, а има се у виду ко је други вештак (еминентна установа, гаранције разјашњења свих чињеница, те самим тим и за закониту одлуку о даљем гоњењу).

Четврти вид неправилности односи се на *наредбе јавног тужиоца о спровођењу/допуни истраге*. У погледу правилности наредбе о спровођењу истраге, позива се на нејасан

¹⁰⁴¹ Службени гласник РС, бр. 44/2010

¹⁰⁴² Решење Апелационог јавног тужилаштва у Београду Ктпи 9/14 од 30.6.2014. године, извршен непосредан увид у Апелационом јавном тужилаштву у Београду

опис дела (пре свега нејасан опис радње), а цени се да се довољност садржаја описа дела сагледава према фази поступка, степену сумње за који се спроводи истрага, сврси истраге, те да се не могу захтевати детаљи који тек треба евентуално да се сазнају.

Као неправилност се истиче и **постојање незаконитог доказа**. У поступку се разматра да ли има доказа који би указивали на незаконит утицај на окривљеног и да ли је преурањено да се тражи примена одредбе члана 84 став 1 ЗКП.

Од осталих неправилности изоловано су се истицале (неправилност *наредбе о покретању финансијске истраге* – да ли је у складу са чланом 19 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела; *неправилности у поступку одузимања имовине* – при чему се цене гаранцијепоступка за доношење решења о привременом одузимању имовине, судско одлучивање и поуке о праву на приговор и да власник уз приговор може да достави доказе; *правилност оцене да заједнички бранилац штети интересима одбране* из исказа саокривљених; *правилност наредбе о чувању тајне* из члана 304 ЗКП са предлогом да се донесе обавезно упутство о стављању ван снаге наредбе о чувању тајне да би се тачно одредиле чињенице и подаци и дало образложење; *повреда претпоставке невиности* на записнику о саслушању и приликом писане израде наредбе о вештачењу).

табела 4

Предмет приговора по учесталости	Основаност приговора
Одуговлачење истраге	/
Разматрање списка предмета (ускраћивање разматрања списка, нездруживање доказа, неблаговремено разматрање списка)	/
Неправилности у поступку вештачења	Основан приговор због поверавања вештачења друштву које није уписано у Регистар.
Неправилност у погледу обавезног садржаја наредбе о спровођењу истраге	/
Незаконити докази	/

У разлозима решења помиње се „**принцип равноправности јавне тужбе и одбране**“ и „**принцип једнакости странака**“. Приписује му се да је једно од основних начела ЗКП – а. Основним средством за поштовање начела, сматра се унакрсно испитивање којим се проверава валидност доказа.¹⁰⁴³ На начело се позива у случају оцене да ли постоји незаконит утицај на окривљеног, те као резултат тога незаконит доказ и у случају оцене да ли је браниоцу омогућено да благовремено изврши увид у списе предмета, да копира дискове и сазна садржину комуникације и резултат тајног праћења, да ли је одбрани омогућено да сазна идентитет сведока.

У поступку одлучивања о приговору тражи се изјашњење поступајућег заменика јавног тужиоца пре доношења одлуке, иако то није формалноправно прописано. Решења о одбијању приговора у највећем броју случајева садрже поуку о праву на притужбу и року за подношење притужбе судији за претходни поступак. Уочено је да је у случају пријема приговора након завршене истраге, када је поднета оптужница, приговор достављен Вишем суду да би у поступку испитивања оптужнице ванпретресно веће евентуално ценило наводе из приговора, као и да се у случају подношења приговора окривљени поучава да претходно искористи одређена процесна права (право на подношење предлога судији за претходни поступак из члана 302 став 2 ЗКП), чиме се обезбеђује поштовање права на одбрану.

8.2. Притужба судији за претходни поступак у судској пракси

Истраживање је даље спроведено у Првом, Другом и Трећем основном суду у Београду и Вишем суду у Београду. Предмет истраживања су: 1. број и садржина притужби због неправилности у току истраге које су поднели осумњичени и њихови браниоци током истраге на рад основних и виших јавних тужилаштава, на основу члана 312 став 3 ЗКП, појединачно за 2013. годину, 2014. годину, 2015. годину, 2016. годину, 2017. годину и 2018. годину; 2. број и садржина одлука о одбијању притужби, појединачно за наведене године; 3. број и садржина одлука о усвајању притужби, на основу члана 312 став 3 ЗКП, појединачно за наведене године; 4. позивање на начело једнакости „оружја“; 5. поступак одлучивања и примена заштитних мера у корист одбране.

Резултати истраживања у **Првом основном суду у Београду** су следећи: 1. током 2013. године није поднета *ниједна притужба*; 2. током 2014. године укупан број поднетих притужби због неправилности у току истраге је *три*, две притужбе су одбијене, а **једна је усвојена**; 3. током 2015. године поднета је *једна* „притужба“ због неправилности у току истраге која је прослеђена Вишем јавном тужилаштву на надлежност; 4. током 2016. године није поднета *ниједна притужба*; 5. током 2017. године поднета је *једна* „притужба“ због неправилности у току истраге, која је одбијена; 6. током 2018. године поднете су *две* „притужбе“ због неправилности у току истраге, једна је одбијена, док о другој није донета одлука, већ је бранилац поучен о праву.

¹⁰⁴³ „Унакрсно“ испитивање, на начин на који је регулисано у Законик о кривичном поступку („постављање питања“), не може да се изједначи са унакрсним испитивањем у адверзијалним процедурама, у којима је срж конфронтације са сведоцима оптужбе и подразумева одређење предмета испитивања, сложене практичне захтеве и вештине испитивача, те се без стручне правне помоћи не може сматрати делотворним за постизање равноправности странака.

табела 5

<i>Година</i>	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Укупан број поднетих притужби</i>	/	3	1	/	1	2
<i>Решења о одбијању притужби</i>	/	2	/	/	1	1
<i>Решења о усвајању притужби</i>	/	1	/	/	/	/
<i>Немаформалне одлуке</i>	/	/	1	/	/	1

Најчешће су осумњичени и бранилац тражили *издвајање записника о саслушању осумњиченог и испитивању сведока* због присуства односно неприсуства процесних субјеката доказним радњама, као и због неправилног удаљења браниоца приликом саслушања малолетног сведока оштећене (удаљење према члану 305 ЗКП). Притужба која се односила на незаконитост недозвољавања саслушаном саосумњиченом и његовом браниоцу да присуствују саслушању осумњиченог, одбијена је као неоснована.

Једина усвојена притужба је у делу који се односи на повреду правила ради обезбеђења присуства окривљеног и повреду права на одбрану – незаконите наредбе о довођењу и о расписивању потраге. Окривљеном никада није уручен позив у складу са ЗКП – ом, нити је покушана достава на адресу пријављеног пребивалишта. У овом случају наложено је да надлежно тужилаштво предузме мере за обезбеђење присуства окривљеног сходно члану 188 ЗКП и да окривљеног приликом *саслушања поучи и упозори на одредбе о саслушању окривљеног садржане у члану 85 ЗКП*.

Три решења којима је одбијена притужба садрже поуку о праву на изјављивање жалбе ванпретресном већу. У једном предмету ванпретресно веће одлучивало је по жалби на решење судије за претходни поступак којим је одбијена притужба браниоца осумњиченог због неправилности у спровођењу доказних радњи у предмету надлежног јавног тужилаштва.¹⁰⁴⁴ Жалба је одбијена као неоснована.

У Другом основном суду у Београду у периоду од 1. октобра 2013. године до 22. августа 2019. године поднета је само једна притужба (2019. године), због одуговлачења поступка и других неправилности у току истраге, на основу члана 312 став 3 ЗКП. Притужба се односила на наредбу за форензичку регистрацију осумњиченог (узимање букалног бриса), незаконитост наредбе, недовољну образложеност и опасност од нарушавања здравља осумњиченог. Одбијена је као неоснована. Решење садржи поуку да није дозвољено изјављивање жалбе против решења.

У Трећем основном суду у Београду није било поднетих притужби због одуговлачења поступка и других неправилности у току истраге, на основу члана 312 став 3 ЗКП, у периоду од 1. октобра 2013. године до 18. јуна 2019. године.

¹⁰⁴⁴ Решење Првог основног суда у Београду Кпп бр. 701/14 – 1. Кв бр. 2104/14 од 19.11.2014. године.

У Вишем суду у Београду у периоду од 1. октобра 2013. године до 31. децембра 2018. године, донета је једна формална одлука о притужби због одуговлачења поступка и других неправилности у току истраге, поднетана основу одредбе члана 312 став 3 ЗКП. Притужба из 2017. године одбијена је решењем као неоснована. Изрека решења је прецизна (означавање да је предмет притужбе поступак по наредби о допуни истраге и ближих података о наредби), а дато је детаљно образложење.¹⁰⁴⁵

табела 6

<i>Година</i>	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Укупан број поднетих притужби</i>	/	/	/	/	1	/
<i>Решења о одбијању притужби</i>	/	/	/	/	1	/
<i>Решења о усвајању притужби</i>	/	/	/	/	/	/

Притужба браниоца осумњиченог поднета је 6. априла 2017. године, због неправилности у поступку по наредби о допуни истраге. Наредбу о допуни истраге донело је надлежно јавно тужилаштво по наредби ванпретресног већа у поступку испитивања оптужнице. Наредба је допуна истраге ради одређивања „супервештачења“ од стране Градског завода за вештачење на околности ближе одређене наредбом суда и прикупљања одређених доказа, наведених у наредби суда. Поступајући по судској наредби, надлежно тужилаштво донело је наредбу о допуни истраге и одредило комисијско вештачење поверивши га Републичком заводу за судска вештачења а.д. Нови Сад. У притужби је наведено да се сматра неправилношћу непоступање по наредби већа у погледу установе која треба да обави вештачење, да је вештачење поверено приватној фирми која није квалификована да обави такво вештачење, а да је такав поступак противан начелу економичности, јер је предмет вештачења (непокретност) на територији Београда. Одбрана је истакла као неправилност и недостављање наредбе о вештачењу браниоцима. Предложено је опозивање наредбе о вештачењу.

У разлозима одлуке позива се на тумачење правила о поступку одређивања вештачења (члан 117 став 1 ЗКП) и наредбу већа да се истрага допуни и да се прикупе одређени докази (члан 337 став 3 ЗКП). Налази се да јавно тужилаштво одређује лице, стручну установу или државни орган за обављање вештачења. У конкретном случају, дужност јавног тужиоца била је да нареди допуну истраге обављањем супервештачења на околности из наредбе и прикупљањем потребних доказа. Не постоји законска обавеза да се вештачење повери установи из наредбе суда, јер је јавно тужилаштво као орган поступка законски овлашћено да одреди установу. Цени се да је избор установе правилно учињен, с обзиром да је као правно лице – судски вештаци на списку сталних судских вештака. У погледу недостављања наредбе о вештачењу браниоцима, налази се да се *дужност достављања наредбе о вештачењу*, на основу члана 117 став 5 ЗКП – а, *односи искључиво на суд*, не и на јавног тужиоца када као орган поступка одреди вештачење.

¹⁰⁴⁵ Решење Вишег суда у Београду Кппр бр. 55/17 од 19.4.2017. године, непосредан увид

Решење садржи поуку да против њега жалба није дозвољена.

8.3. Основни резултати истраживања

1. Број поднетих приговора и притужби због неправилности у току истраге на годишњем нивоу, те и у периоду који је предмет истраживања је мали, што може бити узроковано објективним, нормативним разлозима (преплитање ових правних средстава са другим правним средствима одбране, дозвољена жалба на решење о потврђивању оптужнице) или субјективним (мање поверење у објективност непосредно вишег тужиоца). Усвојено је пет приговора и једна притужба;
2. Садржина приговора често се односи на право осумњиченог и браниоца да у току истраге разматрају списе и разгледају предмете односно ускраћивање одбрани да оствари право. Од јавног тужиоца се захтева да доноси формалну одлуку о ускраћивању увида у списе ради омогућавања преиспитивања одлуке. Истраживањем се потврђује претходно издвојен закључак о неопходности посебног и детаљног регулисања у истрази права на увид у списе предмета;
3. У погледу недозвољавања саслушаном осумњиченом и његовом браниоцу да присуствују саслушању другог осумњиченог изјављује се и приговор и притужба, што је додатни аргумент за потребу изричитог и детаљног регулисања присуства доказној радњи саслушања саосумњичених (регулисање правила и изузетака);
4. Указује се на практичну важност поука о правима – немогућност примене тежих мера за обезбеђивање присуства окривљеног без претходних поука, истицање карактера заштитних гаранција поука у поступку о привременом одузимању имовине, примена поука у поступку одлучивања по приговорима о неправилностима у току истраге;
5. Поступак одлучивања није законски детаљно уређен, али истраживање показује позитивну праксу (тражење на увид целокупних списа предмета и захтевање изјашњења о поступању надлежног јавног тужиоца);
6. Позива се на начело једнакости „оружја“. Начело се сагледава са аспекта кривичног поступка у целини. Цени се да ли постоји „суштински недостатак за одбрану“ односно да ли се недостатак може „излечити“ у каснијим фазама поступка. Указује се на значај судског одлучивања и поука о правима у поступку привременог одузимања имовине (суштински мере уравнотежења). Примењују сезаштитне мере права на практичну и делотворну одбрану: захтевање формалног одлучивања надлежног јавног тужиоца, детаљније образложена решења непосредно вишег јавног тужиоца и судије за претходни поступак, поуке о праву на притужбу, достављање приговора ванпретресном већу ради евентуалног поступања по службеној дужности у случају када је у међувремену поднета оптужница, поуке осумњиченом о процесним правима;
7. Судије за претходни поступак одлучују о притужбама решењима, након извршеног увида у целокупне списе тужилаштва. Различита је пракса у погледу дозвољавања жалбе на решење о одбијању притужбе (запажају се и поуке да се жалба може изјавити ванпретресном већу), што тражи засебно регулисање.

ЧЕТВРТО ПОГЛАВЉЕ

СУДСКА КОНТРОЛА ОПТУЖНОГ АКТА

„Оптужница има одлучујућу улогу у кривичном поступку: од тренутка уручења, оптужени је званично обавештен о правној и чињеничној основи оптужби против њега.“¹⁰⁴⁶ Претходна контрола оптужбе је у интересу заштите окривљеног од самовољног, неоснованог и незаконитог оптужења и извођења на главни претрес.¹⁰⁴⁷

Оптужење је међустадијум поступка, следи истрагу, а претходиприпрема за главни претрес. Обухвата подизање оптужнице и контролу оптужнице. Нормативноправном анализом важећих одредаба и истраживањем развоја кривичнопроцесног законодавства, издвајамо три најважније карактеристике прихваћеног модела контроле оптужнице: посебна фаза, судска фаза, у целости обавезна *ex officio* фаза.¹⁰⁴⁸

1. Карактеристике и функције судске контроле оптужбе

Контрола оптужнице језасебна фаза и прва судска фаза поступка. Надлежно за вођење поступка контроле оптужнице је ванпретресно веће. Обе потфазе поступка, подношење оптужнице суду и испитивање оптужнице, у надлежности су ванпретресног већа.¹⁰⁴⁹ Поступање по службеној дужности тројице судија професионалаца ради отклањањанедостатака оптужнице додатно штити окривљеног од потенцијалних последица незаконитог и неправилног поступања јавног тужиоца. Стицањем правноснажности решења о потврђивању оптужнице наступају правне последице покретања кривичног поступка – ограничења одређених слобода и права окривљеног (члан 10 став 3 тачка 1 ЗКП). У скраћеном поступку судија појединац по пријему испитује оптужни акт (члан 501 ЗКП). Одређивање главног претреса у скраћеном поступку уједно је саглашавање судије са оптужним предлогом, те је утврђено да од овог тренутка наступају правне последице покретања кривичног поступка (члан 10 став 3 тачка 2 ЗКП).

У нашој теорији кривичног процесног права објашњавасе да је контрола по службеној дужности критикована, јер се не слаже са принципом оптужбе и слаби одговорност јавног тужиоца.¹⁰⁵⁰ Опомиње се да је помоћ окривљеном у случају поступања по службеној дужности мало ефикасна, јер ће „врло ретко довести до онога што је за окривљеног једино

¹⁰⁴⁶ *Pereira Cruz et autres c. Portugal*, ECtHR, Requête nos 56396/12 et 3 autres – voir liste en annexe, 26 juin 2018, définitif 26/9/2018, para 196; *Sejdovic v. Italy*, ECtHR, App. no. 56581/00, Grand Chamber, 1 March 2006, para 89; *Kamasinski v. Austria*, ECtHR, App. no. 9783/82, 19 December 1989, para 79

¹⁰⁴⁷ М. Грубач (2008), стр. 389.

¹⁰⁴⁸ И. Миљун, Б. Станковић (2016), стр. 567 – 569.

¹⁰⁴⁹ Ранији Законик о кривичном поступку прописивао је да председник већа пред којим ће се одржати главни претрес контролише да ли је оптужница прописно састављена, а да испитивање оптужнице спроводи ванпретресно веће по приговору окривљеног и браниоца, или супсидијерно по захтеву председника већа (ако приговор није поднет или је одбачен).

Поступак је био у целини факултативан према Закону о кривичном поступку ФНРЈ од 1948. године. Контрола оптужнице зависила је од оцене председника већа.

¹⁰⁵⁰ В. Ђурђић, „Приговор против оптужнице“, *Зборник Правног факултета у Нишу* (ур. Славољуб Поповић, Момчило Димитријевић), број 16, Ниш 1976, стр. 355.

интересантно, до решења да оптужби нема места и до обуставе поступка.¹⁰⁵¹Примећује се и да се окривљени најбоље стара о својим правима, да му може бити у интересу да на главни претрес изађе оптужница са што више недостатака, коју ће због тога лакше да побија на главном претресу.¹⁰⁵²

С друге стране, институт “потврде оптужбе тужиоца пре суђења“, односно “зависност опстанка оптужбе од стране суда“, присутан је елемент поступка како у упоредном законодавству тако и у међународном правосуђу, поступку пред пред сталним Међународним кривичним судом и описује се у теорији као “*садржинска модификација начела акузаторности*“, “*вид контроле суда у односу на функцију тужиоца*“.¹⁰⁵³

Значајна функција контроле оптужбе произлази из положаја и надлежности јавног тужиоца и судске власти. Независан и самосталан суд контролише функцију јавног тужиоца, који је самосталан државни орган, да гони учиниоце кривичних дела, те да врши функцију на основу Устава и закона (члан 156 УРС). Овим уставним начелима уједно се имплицитно штите права на одбрану. Суд има функцију (која се између осталог остварује и суђењем) да обезбеди судску заштиту свакоме коме је повређено или ускраћено уставом зајемчено људско право и уклањања последица повреде (члан 22 Устава), као и да осигура расправљање странака пред судом (члан 142 Устава). Међутим, контрола остваривања функције јавног тужилаштва, има шири домет и значај. Темелј је и надлежности суда да поступа по службеној дужности, али у оквирима права на правично суђење и права на одбрану. На основу правила Законика о кривичном поступку (иако се изричито не прописује, али се тумачи у складу са начелима одрицања од права на одбрану), окривљени може да се одрекне права да изјави одговор на оптужницу прећутно (недостављањем одговора на оптужницу у законском року) или изричито (изјавом пред судом или у поднеску), али не може да тражи да се оптужба непреиспитује и да се предмет упути на суђење, чиме законодавац у први план ставља функцију суда да контролише остваривање функције гоњења јавног тужиоца. Основни проблем је на који начин ову функцију уравнотежити са функцијом суда да штити право на правично суђење и права на одбрану. Суду се законом на посредан начин приписује велика одговорност за реализацију ове функције, у условима елиминисања начела истине и крајњеограничене доказне улоге суда.

Очигледно, *ratio legis* законодавца за поступање по службеној дужности, мимо иницијативе одбране, био је да надокнади сужену улогу суда у истрази. Наглашена потреба истицања *протективне функције* већа оправдана је ако се узме у обзир да је суд у истрази лишен надлежности да одлучује о покретању кривичног поступка, да окривљени и бранилац немају право да изјаве жалбу против одлуке о спровођењу истраге, а да су за отпочињање истраге потребни основи сумње. Осим тога, овлашћења судије за претходни поступак у поступку предузимања доказних радњи у корист одбране и одлучивања о притужби због неправилности у истрази инструктивног су карактера. С обзиром на концепцију истраге и широку могућност коришћења доказа из истраге, неопходно је било да се установи судска контрола оптужнице ојачана ширим овлашћењима ванпретресног већа.

Основна функција контроле оптужнице је провера да ли оптужница, резултат јавно – тужилачке истраге, испуњава процесноправне и материјалноправне услове да буде предмет

¹⁰⁵¹ Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 360.

¹⁰⁵² *Ibid.*, стр. 359 – 360.

¹⁰⁵³ М. Шкулић (2020 b), стр. 42.

главног претреса.¹⁰⁵⁴ Иако је веће по службеној дужности овлашћено да јавном тужиоцу врати оптужницу ради уређења и да му нареди да донесе наредбу о спровођењу или допуну истраге, његова улога је функционално ограничена. Надлежно је данареди јавном тужиоцу да предузме и доказну радњу у корист одбране чије је извођење у истрази одбијено, само ако сматра да није довољно *разјашњено стање ствари* да би одлучило о постојању оправдане сумње.

Кривично ванпретресно веће надлежно је да контролише да ли оптужница садржи све што је потребно да би се по њој могло поступати (члан 333 став 2 ЗКП). У скраћеном поступку, судија појединац одмах по пријему оптужног акта проверава да ли је оптужни акт прописно састављен (члан 501 став 1 ЗКП). Потребно је и да оптужба буде разумљива (члан 229 став 2 ЗКП).

Најпрецизније могуће разграничење предмета поступка у погледу личног, чињеничног и правног разматрања неопходно је због „*граничне функције оптужнице*“ (одређивање предмета пресуде).¹⁰⁵⁵ Ова функција оптужнице одређује вишеструк значај формалне исправности оптужнице: 1. приликом пресуђења суд је везан описом дела (избегавање повреде објективног идентитета оптужбе); 2. окривљеном мора бити јасно шта му се све ставља на терет како би био у прилици да ефикасно побија оптужбу одбраном (избегавање повреде начела једнакости „оружја“);¹⁰⁵⁶ 3. разумљив и попутан оптужни акт основ је за ефикасан поступак; 4. значај за евентуалну будућу примену начела *ne bis in idem*.

Последица пропуштања да се наведу сва битна обележја бића кривичног дела и њиховописје доношење ослобађајуће пресуде или осудаза другуправну квалификацију. Судска пракса поставља строге и детаљне захтеве за опис дела и законски назив кривичног дела уз навођење одредаба закона, док у погледу осталих елемената, показује флексибилност захтевајући минималне услове. Оптужница треба да садржи формалан, прецизан и јасан опис дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела и законски назив кривичног дела. Основни захтев је да садржи сва објективна¹⁰⁵⁷ и субјективна обележја бића кривичног дела, према одредбама материјалног закона, те разложене елементе

¹⁰⁵⁴ Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године, у параграфу 204, употребљавао је израз „*умесност оптужнице*“ и „*основаност надлежности суда*“.

¹⁰⁵⁵ Uwe Hellmann, стр. 185.

¹⁰⁵⁶ Из праксе ЕСЉП издвајамо ставове: 1. „тачне и потпуне информације о оптужбама против окривљеног и правна квалификација коју би суд могао имати против њега су основни услови за правичност поступка; 2. обим „детаљних“ информација варира у зависности од посебних околности случаја; 3. оптужени у сваком случају мора да има довољно информација да би у потпуности разумео оптужбе против њега у циљу правилне припреме своје одбране; 4. адекватност информација цени се према праву на довољно времена и могућности за припрему одбране и у светлу општег права на правично суђење. Вид.: *Pereira Cruz et autres c. Portugal*, ECtHR, Requête nos 56396/12 et 3 autres – voir liste en annexe, 26 juin 2018, définitif 26/9/2018, para 197, 198.; *Mattoccia v. Italy*, ECtHR, App. no. 23969/94, 25 July 2000, para 59 – 60; *Pélissier and Sassi v. France*, App. no. 25444/94, Grand Chamber, 25 March 1999, para 52, 54.

¹⁰⁵⁷ У стручном раду уочава се да су чести пропусти у пракси навођење радњи извршења саизвршилаца у множини („принудили“, „одузели“), без навођења и описа делатности саизвршилаца понаособ, тако да не може да се конкретизује допринос у извршењу кривичних дела и степен кривице. Вид.: Милунка Цветковић, „Оптужница у Новом Законик у кривичном поступку“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2013, Intermex, Београд, стр. 173.

Пружање детаљне информације о оптужби, по члану 6 став 3 Директиве 2012/13/ЕУ, обухвата и „*врсту суделовања окривљеног*“ у кривичном делу.

кривице¹⁰⁵⁸ и њихов опис.¹⁰⁵⁹ У пракси сепостављају и границеконтроле формалне исправности оптужнице у конкретном случају.¹⁰⁶⁰

Научни и стручни радовинепосредно или посредно повезују детаљност и уредност информација у оптужници са начелом једнакости „оружја“. Бајер примећује да је нужна тачна формулација оптужбе, да би главна расправа могла имати акузаторски карактер, тј. карактер спора равноправних странака пред судом.¹⁰⁶¹ Чубински наглашава да се оптужба и одбрана у првом реду боре око чињеница, којечинепредмет оптужбе – биће кривичног дела.¹⁰⁶² Налази се да је благовремено санкционисање недостатака елемената чињеничног описа из којих произилазе законска обележја кривичног дела важно и ради „једнакости странака у поступку“, јер то нису питања резервисана за главни претрес.¹⁰⁶³

Судска пракса поступак контроле оптужнице доводи у везу са општим правом окривљеног на одбрану, правом на правично суђење и његовим сегментом– правом окривљеног на информисање.¹⁰⁶⁴ С друге стране, према схватању Уставног суда, у вези са разматрањем навода да неодређеност оптужнице чини немогућим правично суђење, „оптужница није акт којим се одлучује о правима, обавезама или кривици окривљеног, који током главног претреса, у контрадикторном поступку, остварује своје зајемчено право на правично суђење, као и право на одбрану, износећи доказе у своју корист и оспоравајући наводе оптужбе.“¹⁰⁶⁵

¹⁰⁵⁸ Став праксе је да оптужни акт мора да садржи конститутивне елементе кривице – урачунљивост, умишљај или нехат и свест о противправности. Из пресуде Вишег суда у Београду Кж1 бр.254/16 од 14.4.2016. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

¹⁰⁵⁹ Проналазимо пример укидања пресуде због непотпуног описа објективно битног елемента кривичног дела. „Првостепена пресуда је морала бити укинута и предмет враћен првостепеном суду пре свега ради достављања списка предмета тужилаштву са налогом да прецизира свој оптужни акт у погледу чињеничног описа околности битног елемента кривичног дела које се окривљенима ставља на терет – тежег ремећења јавног реда и мира као и саизвршилаштва.“ Из решења Вишег суда у Београду Кж1 бр.209/16 од 25.4.2016. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

¹⁰⁶⁰ „Прекорачење формалне исправности је анализа тачака диспозитива оптужнице и њихово упоређивање са налазом и мишљењем судског вештака, рачунима и отпремницама.“ Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1008/2016 од 23.6.2016. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

¹⁰⁶¹ V. Bayer (1960), стр. 167.

¹⁰⁶² М. П. Чубински, стр. 464.

¹⁰⁶³ Горан Бубић, „Једнакост оружја оптужбе и одбране у кривичном поступку“, *Зборник радова са округлог стола на тему Актуелна питања у примјени кривичног законодавства у Босни и Херцеговини* (ур. Милош Бабић), Правни факултет у Бања Луци – Удружење за кривично право и праксу Републике Српске, Бања Лука 2010, стр. 133.

¹⁰⁶⁴ „Контрола законитости и правилности оптужнице спроводи се обавезно и по службеној дужности од стране већа првостепеног суда, односно без обзира да ли су субјекти у функцији одбране користили своје процесно право на подношење одговора на оптужницу, чиме се штити право на одбрану.“ Из решења Апелационог суда у Београду Кж2 134/17 од 2.2.2017. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

Наглашава се и да право на правично суђење подразумева права окривљеног у кривичном поступку „да буде упознат са оптужбом, односно да зна које конкретне радње извршења му се стављају на терет и за које евентуално може бити осуђен, како би одлучио како ће се бранити, из чега произилази обавеза суда да окривљеном предочи оптужницу и сваку њену каснију измену“. Из решења Апелационог суда у Београду Кж 2 748/16 од 16.5.2016. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

¹⁰⁶⁵ Одлука Уставног суда РС Уж-431/2014 од 24. новембра 2016. године, б.2., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/13779/?NOLAYOUT=1>, приступљено 9. јануара 2019. године.

Друга потфаза контроле оптужнице, испитивање оптужнице у седници већа обухвата одлучивање о: надлежности (решење о ненадлежности), разјашњењу стања ствари (наредба јавном тужиоцу да у року од 3 дана донесе наредбу о допуни/спровођењу истраге, наредба о прикупљању доказа), законитости доказа (решење о издвајању записника и обавештења), постојању привремених процесних сметњи за гоњење (решење о одбачају оптужбе), постојању трајних сметњи за гоњење (решење нема места оптужби и кривични поступак се обуставља, решење о одбијању оптужбе), потврђивање оптужнице (решење о потврђивању оптужнице). Контрадикторност се испољава у праву окривљеног и браниоца да поднесу одговор на оптужницу, у коме, без обзира што садржај није прописан, могу да износе примедбе и ставове од утицаја на поменуте одлуке већа.¹⁰⁶⁶ У скраћеном поступку, судија појединац по службеној дужности испитује надлежност суда, да ли је потребно боље разјашњење стања ствари, да ли постоје разлози за одбацивање/одбијање оптужног акта (члан 501 ЗКП).

Ради разјашњења стања ствари да би се испитала основаност оптужнице, веће може да нареди јавном тужиоцу да истрагу допуни, односно спроведе (члан 337 став 3 ЗКП). Веће поступа по службеној дужности, независно од постојања одговора на оптужницу и његовог садржаја, а правила о контроли оптужнице не садрже формалноправно ограничење за поступање већа. Непонавља сеприлог „изузетно“, коришћен при дефинисању овлашћења суда да одреди да се докази изведу (члан 15 став 4 ЗКП). Међутим, с обзиром на основне одредбе о доказивању, научни коментар налази да веће не би смело да врати оптужницу ради допуне истраге налазећи да уз оптужницу није достављено довољно доказа, већ би било дужно да тада обустави кривични поступак на основу одредбе члан 338 став 1 тачка 3 ЗКП.¹⁰⁶⁷

Одлука којом се ствар шаље на главни претрес индикативног је и привременог карактера.¹⁰⁶⁸ Потребно је да се разјасни да ли постоји оправдана сумња да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет, односно да ли постоји довољно доказа који оправдавају суђење окривљеном. Ванпретресно веће у овој фази није надлежно да цени доказе прикупљене у предистражном поступку и истрази, што ће бити задатак искључиво судећег већа.¹⁰⁶⁹

У правној теорији наглашава се да је одлука о потврђивању оптужнице негативно дефинисана, што није својствено јавно–тужилачкој истрази, већ моделима кривичног поступка са судском истрагом, у којима сесудска контрола почетка кривичног поступка врши приликом отварања истраге.¹⁰⁷⁰ Упркос томе, примећујемо да су, због дозвољеног изјављивања жалбе против решења о потврђивању оптужнице, образложења решења знатно

¹⁰⁶⁶ Законик о кривичном поступку од 2006. године утврђивао је правило да се поступак пред ванпретресним већем води у седници већа на коју се странке и бранилац позивају да усмено изложе своје ставове. Окривљени се поучавао да има право да пре почетка главног претреса и у приговору предложи доказе. О томе: М. Шкулић (2007 а), стр. 914 – 917.

¹⁰⁶⁷ Горан П. Илић *et al.*, стр. 871.

¹⁰⁶⁸ Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 358.

¹⁰⁶⁹ У бројним одлукама, позивајући се на *забрану прејудуцирања*, наводи се да се ванпретресно веће не упушта у решавање питања контрадикторних доказа који ће бити предмет расправљања на главном претресу, већ да је судеће веће овлашћено да цени противречне доказе. Као пример наводимо решење Апелационог суда у Београду Кж2 1763/2018 од 21.11.2018. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

¹⁰⁷⁰ В. Ђурђић, „Систем контроле оптужбе у реформисаном кривичном поступку Србије“, *Правни живот* 9/12, Том I, стр. 797.

обимнија и често осим навођења садржаја доказа, садрже и анализу доказа из којих проистиче оправдана сумња.¹⁰⁷¹

Поступак испитивања оптужнице доктринарно се сагледава са аспекта циљне усмерености ка заштити основних људских права у ширем и ужем смислу. Тома Живановић налази да би грађанска слобода трпела од лакомислених гоњења, јер суђење и у случају ослобођења погађа дотичног, како се умесно каже, “у његовој слободи, његовој части и његовој имовини.”¹⁰⁷² У случају да нема вероватноће да је окривљени кривично одговоран, Бајер опомиње: „Нитко не смије бити узнемираван тиме да се против њега води кривични поступак.”¹⁰⁷³ У немачкој доктрини указује се на значај омогућавања одбрани (доказима, приговорима) да „спречидискриминаторски ефекат јавног главног поступка по окривљеног”.¹⁰⁷⁴

Важан практични значај има теоријско запажање да су у циљу осигурања једнакости „оружја“ на главном претресу потребна правила која спречавају да судије буду “инфициране“ незаконитим доказима и која ће спречити да „резултати истраживања јавног тужиоца добију снагу судских доказа”.¹⁰⁷⁵

2. Права окривљеног у поступку контроле оптужнице

Окривљени у поступку контроле оптужнице најпре има право да се упозна са њеном обавезном садржином, што уједно подразумева упознавање са описом дела, правном квалификацијом, доказним предлозима тужиоца, именима сведока и вештака чије испитивање тужилац предлаже на главном претресу, означеним материјалним доказима на којима се темељи оптужба, доказима за које тужилац сматра да поткрепљују чињеничне наводе оптужбе, те становиштем тужиоца о његовој одбрани. Доставиће му се оптужница тек након што је веће у списима предмета констатовало да је прописно састављена (формално исправна оптужница). Сачињавање формално потпуне и исправне оптужнице уједно је и дужност јавног тужиоца, а представља и вид обелодањивања (откривања) доказа оптужбе суду и окривљеном.

Три правила односе се на достављање оптужнице: време достављања, обавезна поука и рок од 8 дана од пријема оптужнице за подношење одговора на оптужницу. Оптужница се доставља према члану 335 став 1 ЗКП: 1. без одлагања, ако је окривљени на слободи; 2. у року од 24 часа, ако је окривљени у притвору; 3. у року од највише три дана од дана пријема оптужнице, ако је предмет нарочито сложен. Рокови достављања оптужнице су инструктивни. Ако је предмет притворски, веће поступа нарочито хитно. Поступак

¹⁰⁷¹ Пре ступања на снагу ЗКП – аод 2011. године, образложења решења којима се одбијао приговор изјављен против оптужнице била су сумарна. Сводила су се на закључак већа да „из доказа и података прикупљених у претходном поступку произлази постојање довољно основане сумње за подизање оптужнице против окривљеног, због извршења кривичног дела које му се ставља на терет, а да ће на главном претресу окривљени моћи да изнесе све предлоге и доказе, када ће се након оцене свих доказа, сваког појединачног у њиховој међусобној вези *утврдити пуна материјална истина и евентуална кривица окривљеног.*“ Из решења Првог основног суда у Београду К.бр.23646/10 – Кв.бр.5056/10 од 25.11.2010. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

¹⁰⁷² Т. Живановић (1941), стр. 20.

¹⁰⁷³ V. Вауер (1960), стр. 32.

¹⁰⁷⁴ Вид.: С. Roxin, В. Schünemann, стр. 185.

¹⁰⁷⁵ В. Ђурђић (2012), стр. 800.

достављања оптужнице не утврђује се посебно. Издваја се само начин достављања оптужнице у случају да је веће одредило притвор окривљеном (предаја оптужнице окривљеном приликом хапшења у члану 335 став 2 ЗКП). Право окривљеног је да поднесе писани одговор на оптужницу. О томе се поучава тако што се на оптужницу ставља обавезна поука.

Достављање окривљеном регулише се на општи начин у члану 246 ЗКП – а. Ако се не може извршити на адресу о којој је окривљени обавестио орган поступка, може се истаћи на огласној табли суда. Ако окривљени дође у суд након извештавања да ће се писмено истаћи на огласној табли суда, често у пракси председник већа додатно поучава окривљеног о праву на одговор на оптужницу и карактеру поступка контроле оптужнице, што се и формално констатује у списима предмета. Без обзира на прописану поједностављену процедуру, примењује се посебан начин достављања који одражава нарочиту пажњу и обазривост суда. Иако је дужност окривљеног да обавести орган поступка о промени адресе пребивалишта или боравишта или намери да је промени, претходно се предузимају ЗКП– ом предвиђене неопходне радње провере.

„Адреса о којој је окривљени обавестио орган поступка“, не тумачи се као последња адреса за коју је окривљени навео да је његова адреса боравишта. Достављање оптужнице покушава севише пута преко свих адреса у списима предмета (све адресе које је окривљени навео током поступка као адресе пребивалишта и боравишта и све адресе наведене у службеним исправама). На почетку примене ЗКП од 2011. године, нису били ретки примери да се покушавала достава оптужнице преко полиције¹⁰⁷⁶, упућивао допис полицији да окривљеног потражи и обавести о његовој адреси, као и доносила наредба за издавање потернице према окривљеном, а потом најчешће прекидао поступак до лишења слободе окривљеног.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁶ По запажању аутора, која је од почетка примене Законика о кривичном поступку од 2011. године радила у ванпретресном већу Првог основног суда у Београду као судијски сарадник, ванпретресно веће је више од годину дана примене Законика (од 1. октобра 2013. године, када је почео да се примењује у свим поступцима, до почетка 2015. године), избегавало окривљеном да доставља оптужницу путем огласне табле суда, те је најпре покушавало да окривљеном путем полиције уручи оптужницу са поуком о праву на одговор. У дописима упућеним надлежној полицијској станици наводило се да је потребно да се доставница уредно потписана од стране окривљеног достави суду као доказ о уручењу, са позивом на број предмета. Посебно се напомињало, а ради евентуалног предузимања тежих мера у циљу уручења оптужнице, да је потребно да се достави извештај о поступању у случају немогућности реализације уручења оптужнице са поуком (нпр. допис у предмету К 6570/13 – Кв.5086/13 од 4.11.2013. године).

Поступање већа било је оправдано, нарочито имајући у виду да окривљени на почетку примене Законика нису могли да се поучавају, у позивима нити на други начин, о правилима достављања (према члану 192 став 1 ЗКП), а да у новом ЗКП – у нема посебних правила која се односе на достављање оптужнице.

¹⁰⁷⁷ Пре доношења наредби за издавање потернице, предузимане су доступне мере да би се окривљенима доставиле оптужнице о чему је веће давало разлоге у наредбама за издавање потернице: покушај доставе путем доставног органа поште више пута, покушај доставе преко полиције, утврђивање адресе окривљеног путем Одељења за потраге. Веће је на седници ценило садржај извештаја доставног органа поште да оптужница није могла да се достави преко адресе пребивалишта окривљеног, да је окривљени извештен о приспећу пошиљке, извештај надлежне полицијске станице о фиктивној адреси окривљеног и о потрази за окривљеним, да из извештаја Одељења за потраге следи да је за окривљеним расписана потерница на основу наредби судова у другим предметима. Веће је образлагало да се против окривљеног воде кривични поступци због кривичних дела за које се гони по службеној дужности, да су окривљени били упознати да се против њих воде кривични поступци и са процесним дужностима окривљеног. Интересантно је да је веће из практичких и правних разлога (између осталог обезбеђење да окривљени лично прими оптужницу и да право на одговор на оптужницу буде делотворно) тумачило да је потерница блажа мера за обезбеђење присуства (противно законској природи и услову примене одредбе члана 598 став 1 ЗКП, који су испуњени

Приликом достављања оптужнице, у пракси се примењују посебна правила поучавања о достављању писмена окривљеномкоји се први пут позива, иако то није засебно за оптужницу прописано. Уколико се окривљени не затекне на адреси, обавештава се да му је пристигло судско писмено и да га може преузети у испорученој пошти/суду у одређеном року.¹⁰⁷⁸ Окривљени се поучава да ће након истека датог рока писмено бити враћено у суд ради истицања на огласној табли суда и да се по истеку рока од осам дана од дана истицања на огласној табли суда сматра да је достављање уредно извршено.

Поуке окривљеном треба дабуду јасне. Списи предмета треба да садрже доказ да су дате.Предузимањем радњи и мера да се окривљеном достави оптужницаштити сеједнакост „оружја“. Омогућавасе окривљеном да сесупротстави оптужби јавног тужиоца правним средством одговором на оптужницу.¹⁰⁷⁹

Повреда права окривљеног може да резултира укидањем решења о потврђивању оптужнице.¹⁰⁸⁰ С друге стране, сложеност поступка достављања успорава поступак и одлаже почетак суђења.Питање је да ли би повреда права окривљеног у вези са достављањем оптужнице, у случају изостанка контроле другостепеног суда по жалби на решење о потврђивању оптужнице била противна начелу једнакости „оружја“. Избегавање окривљеног да прими оптужницу указује и да окривљени није заинтересован да изјави одговор на оптужницу и да побија оптужницу у фази контроле оптужнице. Повреда права на достављање могла би бити релевантна искључиво у случају да на главном претресу нису „излечени“ недостациу погледу информисања оптуженог о оптужби (о делу које му се ставља на терет, о природи и разлозима оптужбе), разумевања оптужбе и омогућавања оптуженом да побија оптужбу.¹⁰⁸¹

Окривљеномкоји није имао ангажованог нити постављеног браниоца, председник суда ће поставити браниоца по службеној дужности. Становиште прихваћено у судској пракси је да ће се окривљеном, у циљу делотворније одбране и ефикаснијег поступка, задржати бранилац по службеној дужности постављен од стране јавног тужиоца пре подношења оптужнице.¹⁰⁸² Прибегава се и фактичкој гаранцији права на одбрану. Када је окривљени ангажовао више бранилаца по правилу се оптужница доставља свим браниоцима,

ако је претходно утврђено да се окривљени налази у бекству, а донета је *наредба за довођење или решење о одређивању притвора*). Из наредбе Првог основног суда у Београду К број 1352/14 – 2. Кв 2317/14 од 4.2.2015. године и наредбе Првог основног суда у Београду К број 1852/14 – 2. Кв 2289/14 од 17.12.2014. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

Након лишења слободе окривљеног по потерници, предмети су добијали нови пословни број, сачињавала се службена белешка у којој се констатовало да је оптужница са поуком уручена окривљеном у просторијама ванпретресног већа, као и да су дате поуке окривљеном о процесним дужностима и могућности примене тежих мера да се његово присуство обезбеди током поступка.

¹⁰⁷⁸ На судским повратницама означен је рок од 5 радних дана.

¹⁰⁷⁹ Претходне мере резултат су делимично и спречавања да се решење већа укине по жалби одбране због недостатака у достављању.

¹⁰⁸⁰ “Повређено је *право одбране окривљеног* и оптужница није потврђена у складу са одредбама ЗКП – а, јер окривљени није упознат са правом да на оптужницу може поднети одговор, који се и разматра при одлучивању о потврђивању оптужнице“, због чега је укинута решење о потврђивању оптужнице. Решење Апелационог суда у Београду Кж2 670/215 од 3.4.2015. године.

¹⁰⁸¹ У литератури се проналази став раније судске праксе да постоји повреда начела акузаторности ако је главни претрес одржан и донета пресуда без ступања оптужнице на правну снагу. Вид.: Т. Васиљевић (1964), стр. 360.

¹⁰⁸² Одговори Врховног касационог суда од дана 27.10.2014. године. Вид.: *Билтен Врховног касационог суда* 1/15, Intermex, Београд 2015, стр. 215.

упркос одредби члана 78 став 3 ЗКП да се одбрана сматра обезбеђеном ако у поступку учествује један од бранилаца.¹⁰⁸³

Приговор на оптужницу, правно средство одбране против оптужнице, унето је у Законик о кривичном поступку од 10. септембра 1953. године. Описивао се као акт контроле оптужбе, право окривљеног, вид његове одбране у поступку.¹⁰⁸⁴ За разлику од ранијег законодавства, ЗКП од 2011. године не прописује одбацавање одговора на оптужницу као неблагоприятног и изјављеног од неовлашћеног лица. У пракси, веће се неће упуштати у разматрање неблагоприятног одговора ако утврди да је окривљени уредно поучен о року.¹⁰⁸⁵ Изјашњење о оптужби и изношење одбране у одговору на оптужницу није предмет оцене у поступку контроле оптужнице, већ на главном претресу. Окривљени и бранилац могу да се одрекну права на подношење одговора на оптужницу изричито или прећутно, некоришћењем права. Одривање није од утицаја на поступак контроле оптужнице који се спроводи по службеној дужности. Образложења решења о потврђивању оптужнице су у овим случајевима знатно једноставнија.¹⁰⁸⁶

Доктрина налази да је одговор на оптужницу у служби идеје о равноправности странака, али да је основна замерка да није прописана његова садржина, дејство, дужност да га ванпретресно веће узме у обзир, процесне последице занемаривања његовог постојања, па се препушта личном ставу судија правичност судске контроле оптужбе.¹⁰⁸⁷

Основни проблем у поступку контроле оптужнице јеравноправност јавног тужиоца и окривљеног пред ванпретресним већем. Окривљени и његов бранилац осим информисања о оптужби, доказима који је поткрепљују, могућности да разматрају списе и разгледају предмете пре подношења одговора на оптужницу и да укажу на недостатке оптужнице у одговору на оптужницу, немају могућност да пружају активну одбрану. Док тужиоцу законодавац омогућава да суду подноси своје списе и резултате своје истраге, који имају доказни значај, и овлашћује суд да у ширем обиму употребиове доказе на главном претресу, те да на њима темељи пресуду (члан 403, 405, 406 ЗКП), одбрану у одређеним случајевима лишава права да присуствује предузимању доказних радњи у истрази, онемогућава да делотворно оствари право на предлагање доказа у истрази, при чему не даје директан доказни значај неформалним изјавама у корист одбране, прибављеним од стране одбране у току истраге. Одбрана не може да захтева да се окривљени саслуша пред ванрасправним већем, да предложи да се одређени докази одбране изведу, да укаже на доказе одбране нити да се усмено расправља о оптужби.

¹⁰⁸³ Правило о подношењу оптужнице суду изричито се позива на одредбу члана 78 став 3 ЗКП (члан 333 став 1 ЗКП).

¹⁰⁸⁴ Д. Димитријевић, стр. 241.

¹⁰⁸⁵ „У конкретном случају није повређено право окривљеног на одбрану, с обзиром да се контрола законитости и правилности оптужнице спроводи обавезно и по службеној дужности од стране већа првостепеног суда, односно без обзира да ли су субјекти у функцији одбране користили своје процесно право на подношење одговора на оптужницу, чиме се штити право на одбрану, нити је у конкретном случају поступљено противно дужности суда да правично спроведе поступак.“ Из решења Апелационог суда у Београду Кж2 134/17 од 2.2.2017. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

¹⁰⁸⁶ Образложења су сумарнија. Не анализирају се докази, већ се само износи кратак садржај доказа из којих произилази оправдана сумња или се образложења свде на таксативно набрајање доказа.

¹⁰⁸⁷ В. Ђурђић, „Перспектива новог модела кривичног поступка Србије“, НБП – *Журнал за криминалистику и право*, 2015, стр. 77.

3. Поступак контроле оптужбе у упоредном законодавству

Важеће законско решење контроле оптужнице у седници ванпретресног већа без присуства странака, право окривљеног на одговор на оптужницу, без утврђивања активног права на одбрану које подразумева захтев да се пред судом (и уопште у даљем току поступка) изводе докази у корист одбране, да се окривљени саслуша пред судом пре одлучивања о оптужби, да се укаже да доказе одбране, као и утицај суда на оптужбу тужиоца, поредимоса решењима у другим законодавствима и праксом у другим државама у циљу анализе које су заштитне гаранције начела једнакости „оружја“ и на који начин сеначело једнакости „оружја“ усаглашаваса захтевима ефикасности поступка. На овај начин свеобухватније анализирамо и издвајамо законска решења којима се штити начело једнакости „оружја“, правила која сматрамо неадекватним за остваривање права на одбрану у овој фази поступка, као и она која могу да допринесу реализацији начела.

3.1. Поступак контроле оптужбе у адверзијалном кривичном поступку

Фаза *preliminary examination* Енглеској, након историјског развојног пута, обликовала је и право окривљеног на откривање доказа тужиоца у поступку пред судијама (магистратима). Процесна теорија истиче да је ова фаза усмерена на то да окривљеном учини доступним само прихватљиве доказе које тужилац намерава да презентује на суђењу.¹⁰⁸⁸ У литератури се истиче да је поступак пред магистратима постепено губио значај у кривичном поступку због унапређења правила о откривању доказа и стварању *Crown Prosecution Service – CPS*, који цени основаност случаја и окончава знатан број поступака.¹⁰⁸⁹

Према Федералним правилима кривичног поступка (*Federal Rules of Criminal Procedure*) САД, *preliminary hearing* спроводи се пред судијом (магистратом), у случају лишења слободе ако тужилац није одустао од гоњења. Поступак се не води: 1. ако се окривљени одрекао саслушања; 2. ако постоји оптужница (*indictment*) односно ако јавни тужилац добије оптужницу Велике пороте пре заказане прелиминарне расправе.

Оптужба се износи пред судију у виду пријаве (*complaint*). Неутрални судија цени на основу презентованих доказа да ли постоји „*probable cause to believe*“ да је учињено кривично дело и да га је окривљени учинио. Сликвито се описује да „судија „филтрира“ информације које ће се презентовати пороти, тако што *одређује које су чињенице релевантне за случај*, а самим тим и вредне расправи и који *докази су прихватљиви* у циљу утврђивања тих чињеница.“¹⁰⁹⁰

Степен открића у прелиминарном испитивању зависиделимично од тога колико доказасудија сматра потребним да се утврди релевантан степен вероватноће.¹⁰⁹¹ Специфичност ове фазе је да обе стране имају адвоката и да *износе доказе*

¹⁰⁸⁸ David W. Louisell, „Criminal Discovery: Dilemma Real or Apparent?“, *California Law Review*, vol. 49, 1/1961, стр. 66.

¹⁰⁸⁹ A. Andrew (2005), стр. 238.

¹⁰⁹⁰ В. Бајовић (2015), стр. 139 – 140.

¹⁰⁹¹ “The preliminary examination in the federal system: A proposal for a rule change”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 116, 8/1968, стр. 1416 – 1433.,

доступно на *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/pnlr116&i=1434>., приступљено 30. јануара 2019.

пред суд. Окривљени има право да унакрсно испитује тужилачке сведоке и може да предложи доказе у своју корист. На овај начин парира јавном тужиоцу и утиче да се спречи неосновано лишење слободе. Ипак, традиционално стратегија одбране не препоручује да се излажу сведоци одбране унакрсном испитивању од стране тужиоца.¹⁰⁹²

У случају да нађе да не постоји потребан степен вероватноће, судија ослобађа оптуженог и одбија оптужбу, што не спречава да се окривљени касније гони за исто дело, односно да накнадно Велика порота закључи да су тужилачки докази довољни и да подиже оптужницу.

Судија може да наложи тужиоцу да одмах прибави више података. Ако нађе да постоји довољно доказа који поткрепљују оптужбу, прелази се у следећу фазу поступка (оптужење пред Великом поротом или директно оптужење пред судећим судом). Осим заштите окривљеног, циљ ове фазе је да странке у поступку увидом у доказе определе своје будуће понашање у кривичном поступку.

У САД карактеристична је фаза оптужења пред Великом поротом. Велика порота води порекло из Енглеске, у којој је њена улога била заштита појединца од краља путем тражења оптужбе велике пороте пре гоњења. Специфичан опис њене *common law* функције је да је „образована да заштити добробит заједнице, а не да помогне тужиоцу или суду.“¹⁰⁹³ Основна одлика је да су њени чланови аполитични, односно данису изложени политичком притиску. Оптужницу подноси држава против окривљених. Велика порота у фази оптужења има овлашћење да испитује одлуку тужиоца да оптужи, доказе које је поднео тужилац, истражна овлашћења, као и оптужна овлашћења. Формална потврда је пожељна, што подразумева да се оптужница прихвата као „*a true bill*.“¹⁰⁹⁴

Пракса налази да Велика порота мора да верује да су окривљени криви на основу доступних доказа, да би оптужница била пожељна, а дужна је да *нареди прибављање доказа*, ако има разлога да верује да постоје други докази да би се квалификовала или објаснила оптужба у истрази.¹⁰⁹⁵

Уставно право окривљеног, према Петом амандману је оптужење пред Великом поротом. Нико не може да се позове на одговорност за кривично дело или неко друго кажњиво дело без пријаве (*information*) или оптужбе (*indictment*) Велике пороте. Преиспитивање оптужбе од стране Велике пороте за кривична дела обавезно је у државама које за сва кривична дела или за најтежа кривична дела захтевају оптужницу, као инструмент за оптужење који издаје Велика порота, али већина држава дозвољава опцију да се изабере инструмент за оптужење, при чему се често бира *information*.¹⁰⁹⁶

У фази оптужења, окривљени нема права да се појави ради сопствене одбране, било лично било путем адвоката, да презентује сведоке у своју корист и не сме да буде присутан током сведочења других сведока, за разлику од јавног тужиоца који може да буде присутан

¹⁰⁹² W. R. LaFave, J. H. Israel, N. J. King, стр. 19.

¹⁰⁹³ “Powers of Federal Grand Juries”, *Stanford Law Review*, vol. 4, 1/1951, стр. 68–79., доступно на *JSTOR*, www.jstor.org/stable/1225986, приступљено 30. јануара 2019.

¹⁰⁹⁴ *Frisbie v. United States*, 157 U.S. 160 (1895), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/157/160/>, приступљено 27. јануара 2019.

¹⁰⁹⁵ Robert D. Burch, „Criminal Law: Powers of Federal Grand Juries”, *California Law Review*, vol. 39, 4/1951, стр. 576.

¹⁰⁹⁶ О томе вид.: W. R. LaFave, J. H. Israel, N. J. King, стр. 20.

(осим већању и гласању) и да води испитивање сведока.¹⁰⁹⁷ Сагледавају се само тужилачки докази. Право окривљеног да изнесе своју одбрану остварује се на суђењу.

Окривљени може да се одрекне права на оптужницу пред Великом поротом, осим за кривична дела за која може да се изрекне смртна казна. Устав и Федерална правила кривичног поступка не одређују које доказе Велика порота може да прими и на основу којих може да заснује оптужницу, па се у пракси примене федералног правапостављала дилема да ли је оптужница неважећа ако је заснована у целини на доказима који су некомпетентни по стандардима судећег суда.¹⁰⁹⁸

Према Федералним правилима кривичног поступка, Велика порота може да подигне оптужницу (ако се изјасни најмање 12 поротника), може да врати оптужницу судији(магистрату), као и да се не сложи са оптужницом (12 поротника). У пракси се примећује правичност поступка случају враћања оптужнице, у циљу одговора окривљеног, када се коначно одређује постојање потребног степена вероватноће („*probable cause*“).¹⁰⁹⁹

Посебан систем контроле резултата претходног поступка у Европи уређује италијански Законик о кривичном поступку, који прихвата институте карактеристичне за адверзијалне системе. Судија за претходно рочиште (*giudice delle udienze preliminari*—*g.u.p.*) својим овлашћењима спречава неоснована оптужења. У посебној фази претходног поступка, претходном рочишту (*udienza preliminare*), која се покреће када државни тужилац састави захтев за упућивање на суђење, цени да ли постоји довољно доказа да се предмет упути на суђење.¹¹⁰⁰ Уз захтев за упућивање на суђење, према члану 416 став 2 Законика, државни тужилац доставља спис који садржи пријаву о кривичном делу, документацију која се односи на извршене истраге и евиденцију о радњама предузетим пред судијом за претходну истрагу (*giudice per le indagini preliminari*).

Окривљени мора да има браниоца. Ако нема изабраног или постављеног браниоца, поставиће му се бранилац по службеној дужности. Окривљени може да се одрекне претходног саслушања и да захтева да се упути на суђење. Има право да изврши увид у документацију која је достављена судији за претходно саслушање, да даје изјаве и подноси документа и доказе које је одбрана прибавила током претходне истраге. У Италији се окривљени и његов бранилац налазе у "истој равни" са јавним тужиоцем у том смислу да на претходном рочишту које се одржава пред судом могу презентовати резултате свог истраживања.¹¹⁰¹ Законик детаљно прописује у којим случајевима се одржава рочиште у одсуству окривљеног, када је обавезно присуство браниоца.

Утврђене су гаранције за остваривање начела једнакости „оружја“ приликом расправе на рочишту. Државни тужилац према члану 421 став 2 Законика, износи резултате прелиминарне истраге и доказе који оправдавају захтев за упућивање на суђење, а окривљенима правода даје изјаве и да тражи да се подвргне саслушању. По захтеву странке, могу да се испитују сведоци, према правилима која се примењују на суђењу.

¹⁰⁹⁷ R. D. Burch, стр. 575 – 576.

¹⁰⁹⁸ William R. Berkman, „Grand Jury Indictment Based on Incompetent Evidence“, *California Law Review*, vol. 43, 5/1955, стр. 859 – 860.

¹⁰⁹⁹ U.S. Supreme Court, *Ex Parte United States*, 287 U.S. 241 (1932), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/241/>, приступљено 30. јануар 2019.

¹¹⁰⁰ Вид.: А. Бошковић, Вук Кулић, „Италијански модел претходног кривичног поступка“, *Култура Полиса*, посебно издање 1, год. IX, Београд 2012, стр. 146 – 148.

¹¹⁰¹ А. Бошковић (2015), стр. 291.

Судија на основу резултата претходног рочишта цени да ли ће одредити суђење или одлучити да нема места даљем вођењу поступка. Поступа и по иницијативи странака, али и по службеној дужности. Ако нађе да су претходне истраге непотпуне, *налаже даље истраге*, одређује рок за њихов завршетак и датум новог прелиминарног саслушања. Судија за претходно саслушање може *изузетно одредити по службеној дужности извођење доказа* који је одлучујући за доношење одлуке о даљем току поступка. Судија спроводи саслушања и испитивања, а државни тужилац и браниоци преко судије могу да постављају питања и да износе накнадно закључке чиме се остварује начело расправности и једнакост „оружја“.

Цео систем се заснива на тзв. принципу „*doubledossier*“.¹¹⁰² Засебно се регулише садржај тужилачких списа и судских списа који су одвојени. Списи државног тужиоца резултати су радњи и мера које су предузели државни тужилац и полиција и полицијски писани извештаји, док се у фази суђења у списима предмета налазе докази на којима се може засновати пресуда.¹¹⁰³ Резултати радњи које се предузимају на доказном рочишту (*incidente probatorio*) улазе у судске списе, јер постоји опасност да се неће моћи извести на главном претресу. Правило је да се докази изводе током суђења. Устав Републике Италије (*Costituzione della Repubblica Italiana*) прописује начело директног сучељавања странака у доказном поступку на суђењу (Articolo 111 comma 5).

3.2. Поступак контроле оптужбе у Немачкој

У немачком Закону о кривичном поступку одлучивање о отварању главног поступка је засебна фаза, међупоступак (§198–211 StPO). Контрадикторни је поступак тзв. предпретресни поступак, на којем суд проверава да ли постоји довољно основа за оптужење, односно да ли егзистира основана сумња.¹¹⁰⁴ Литература издваја став судске праксе да тужилаштво *не сме да задржи ни један материјал који је на штету или у корист окривљеног* и да нема право да одабере које материјале предочава суду у овој фази.¹¹⁰⁵

Суд надлежан за спровођење главног претреса одлучује о отварању главног поступка (§ 199 StPO). Оптужницу окривљеном саопштава председник већа и указује му да у одређеном року има право да поднесе *захтев да се изведу поједини докази* пре одлуке о отварању главног поступка и да поднесе приговоре. Окривљени има право на коментарисање и *поново му се даје право на саслушање*.¹¹⁰⁶ Суд може и да, ако се то чини погодним, разматра стање поступка са учесницима у поступку у случају да се разматра могућност отварања главног поступка. Расправља се на нејавној седници. Разговори покривени §202 StPO односе се и на претходну праксу *praeter legem* прелиминарних споразума између суда и странака о признању кривице и да су нека питања у поступку неспорна, те да им није потребно доказивање.¹¹⁰⁷

¹¹⁰² Katalin Ligeti, *Toward a prosecutor for the European Union Vol.1 – A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford 2013, стр. 395.

¹¹⁰³ И. Миљуш, „Однос између судске полиције и тужилаштва у Италији и Шпанији – Потреба реформе законодавства“, *Страни правни живот* 2/16, стр.201.

¹¹⁰⁴ М. Шкулић (2013 а), стр. 194.

¹¹⁰⁵ М. Bohlander, стр. 104.

¹¹⁰⁶ U. Hellmann, стр. 186.

¹¹⁰⁷ М. Bohlander, стр. 106.

Ако одлучи да „отвори“ поступак, суд се саглашава са оптужницом, отвара главни претрес и означава суд који треба да води главни претрес (§ 207 (I) StPO). Одлуку доносе професионалне судије. Примедбе које се уочавају у литератури за ову фазу односе се на идентификацију суда у одређеној мери са оптужбом када прогласи оправданост оптужнице и да су њени наводи вероватни, а након проучавања документације из истраге.¹¹⁰⁸ *Оптужени не може да побија одлуку о отварању главног поступка* (§ 210 StPO).

Суд може да утиче на измену оптужнице и да дозволи главни претрес по измењеној оптужници.¹¹⁰⁹ Тада тужилаштво мора да поднесе нову оптужницу у складу са одлуком суда. Суд није везан правном квалификацијом тужилаштва. Ако је оптужбом обухваћено више дела у стицају, суд је овлашћен да одбије да отвори главни поступак за поједина дела.

Тужилаштво има право да побија одлуку којом је одбијено „отварање“ главног поступка. Ако се одбије отварање (§ 204 StPO) и тужилаштво не побија одлуку, поступак се завршава случај се враћа у фазу истраге, у којој тужилаштво може да изврши додатне истраге да би постигло довољну сумњу или да обустави поступак према § 170 II StPO.¹¹¹⁰ Ако постоји трајна процесна сметња, доноси се одлука којом се одбија отварање из правних разлога, а у случају привремене сметње поступак се обуставља (§ 205 обустављање поступка у случају привремених сметњи).

Указује се на „вребање опасности“ примене § 202 StPO, којим је установљено да је суд овлашћен да пре доношења одлуке *нареди да се прибаве поједини докази ради бољег разјашњења стања ствари*. Ако би суд хтео да истражи више него што је тужилаштво до тада урадило, у извесном смислу морао би да надокнади целе делове истраге у међупоступку, а није задатак § 202 да мора да "спаси" оптужницу само сопственим властитим истрагама, јер у суштини залази у законску улогу у староминквизиционом поступку.¹¹¹¹ Запажа се и правнотеоријски став да суд може да поступа по службеној дужности ако само појединачне тачке оптужбе морају да буду детаљније разјашњене.¹¹¹²

3.3. Поступак контроле оптужнице у државама некадашње СФРЈ

Законик о кривичном поступку Црне Горе уређује да оптужницу контролише председник већа из члана 24 став 7 (закривична дела која у првом степену судија појединац) и веће из члана 24 став 7 (закривична дела која судије веће).¹¹¹³ Судска контрола оптужнице је обавезна и спроводи се по службеној дужности. *Против решења о потврђивању оптужнице није дозвољена жалба*. Ово опредељење законодавца, узроковало је дилемеу погледу примене захтева начела једнакости „оружја“. Ипак, прихватљив је аргумент струке да се одлуком само потврђује основаност сумње, те да се уз уважавање претпоставке невиности и надаље оставља суду да на главном претресу, по окончању доказног поступка, одлучи да ли је сумња достигла висок

¹¹⁰⁸ Вид.: С. Roxin, В. Schünemann, стр. 333 – 334.

¹¹⁰⁹ „Модификовано отварање“ из § 207 II StPO.

¹¹¹⁰ Michael Heghmanns, *Strafverfahren – Strafrecht für alle Semester – Grund – and Examenswissen kritisch vertief*, Springer – Verlag, Berlin – Heidelberg 2014, стр. 205.

¹¹¹¹ *Ibid.*, 204 – 205.

¹¹¹² U. Hellmann, стр. 187.

¹¹¹³ У случају да се код суда због недовољног броја судија не може образовати веће из члан 24 став 7 ЗКП, послове из надлежности већа вршиће веће непосредно вишег суда (члан 24 став 8 ЗКП Црне Горе).

степен вероватности, извесност о кривници „ван разумне сумње“ или не.¹¹¹⁴ Доктрина опомиње да „контрола оправданости оптужбе није исто што и основаност оптужбе“.¹¹¹⁵ Против решења о ненадлежности дозвољено је изјављивање жалбе, док противрешења о обустави поступка само тужилац и оштећени могу да изјаве жалбу.

Прва особеност контроле оптужнице заказивање је *рочишта* на коме се испитује законитост доказа на којима се заснива оптужница и да ли је оптужница оправдана (члан 293 ЗКП ЦГ). На рочиште се позивају странке и бранилац. Тужилац презентује доказе на којима заснива оптужницу, а окривљени и његов бранилац имају једнако право да укажу на доказе који иду у прилог одбрани. Одбрана има право да побија оптужницу тако што ће указати на пропусте у истрази, на незаконите доказе, да не постоји довољно доказа за основану сумњу да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет. У правној теорији се опомиње да је управо са аспекта начела једнакости „оружја“ спорно правило да председник већа присутне на рочишту „упознаје са оптужницом“. Закључује се да ће, као и према раније важећем неправичном решењу, оптужени да има интегрални текст оптужнице тек пошто му буде достављена након потврђивања, јер из законске норме произлази да председник већа само усмено саопштава наводе оптужнице.¹¹¹⁶

Друга особеност је да формална контрола исправности оптужнице није издвојена од испитивања оптужнице. Ако оптужница није прописно састављена и ако је потребно боље разјашњење стања ствари, вратиће се јавном тужиоцу ради отклањања недостатака, допуне односно спровођења истраге.

Закони о кривичном поступку БиХ/ФБиХ/БД БиХ/РС установљавају дужност суда да странке и браниоца третира на једнак начин („једнакост у поступању“), алисе нормативно, правилима о одлучивању о оптужници, доводи у питање једнакост „оружја“ у овој фази поступка. Судија за претходно саслушање има надлежност у истрази и одлучује о оптужници. Након подизања оптужнице, осумњичени и његов бранилац имају право да изврше увид у све списе и доказе. Странке или бранилац имају право да предложе судији за претходно саслушање да предузме доказне радње искључивоу циљу обезбеђења доказа. Оптужница може да се одбије или потврди у целини или у појединим тачкама. Тужилац има право да се жали на одлуку о одбијању свих или појединих тачака оптужбе. О жалби одлучује кривично ванпретресно веће. Додатно, тужилац има право да подигне нову или измењену оптужницу која се заснива на новим доказима.¹¹¹⁷

Ограничена су права на одбрану. Оптужница се доставља оптуженом и браниоцу тек након потврђивања у целини или делу оптужнице. Не прописује се форма потврђивања оптужнице. Након достављања оптужнице оптужени има право да изјави претходне приговоре и да стави предлоге за извођење доказа на главном претресу. У претходним приговорима истичу се, између осталог, ненадлежност суда, постојање трајних сметњи за гоњење, формални недостаци оптужнице, незаконитост доказа. У суштинском смислу ради се о „накнадним приговорима“, који су неефикасно правно средство, јер одбрана тешко може да постигне прави циљ – да издејствује обуставу кривичног поступка повлачењем оптужнице

¹¹¹⁴ Александра Мартиновић, „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Зборник радова са округлог стола на тему Актуелна питања у примјени кривичног законодавства у Босни и Херцеговини* (ур. Милош Бабић), Правни факултет у Бања Луци – Удружење за кривично право и праксу Републике Српске, Бања Лука 2010, стр. 93.

¹¹¹⁵ D. Radulović, стр. 277.

¹¹¹⁶ Д. Радуловић (2016), стр. 269.

¹¹¹⁷ član 228 stav 6 ZKP BiH, član 243 stav 6 FBiH, član 228 stav 6 ZKP BD BiH, član 243 stav 6 ZKP RS

од стране тужиоца (члан 232).¹¹¹⁸ Судија за претходно саслушање одлучује о претходним приговорима решењем против кога није дозвољено изјављивање жалбе. Након потврђивања оптужнице и одлучивања о претходним приговорима односно истеком рока за њихово изјављивање, оптужени може да да изјаву о кривици судији за претходно саслушање, у присуству тужиоца и браниоца.

Закон о казном поступку Хрватске садржи детаљне одредбе о испитивању оптужнице. Оптужница се подноси оптужном већу. Окривљени може да се одрекне права на подношење одговора на оптужницу, али је испитивање оптужнице обавезно. Спроводи се по службеној дужности, без обзира да ли је окривљени изјавио одговор на оптужницу.

Карактеристично је да председник већа у фази претходног испитивања одлучује решењем, између осталог, о обустави поступка, осим ако нема довољно доказа да је окривљени основано сумњив за дело, или о одбачају оптужнице (члан 344 став 2 ЗКП Хрватске) као и о издвајању доказа из списка предмета. Председник већа и оптужно веће надлежни су да врате оптужницу државном тужиоцу ради отклањања недостатака.

Поступак испитивања оптужнице пред оптужним већем спроводи се *расправљањем о оптужници* на седници („оптужно рочиште“) на коју се позива државни тужилац, оштећени, окривљени и његов бранилац. Странке могу једном да узврате на наводе противне странке. Тужилац износи резултате истраге односно истраживања, доказе којима оправдава оптужбу, а окривљени и бранилац имају право да *укажу на доказе* у корист окривљеног, на могуће пропусте у истрази, током истраживања и на незаконите доказе, а износе се и образлажу закључци (члан 350 ЗКП). У правној теорији се налази да је повреда начела једнакости „оружја“ то што се по закону у случају обавезне формалне одбране седница оптужног већа може одржати и у одсутности браниоца.¹¹¹⁹ Седница ће се одржати у одсутности окривљеног у случају да не може да му се уручи позив за седницу због тога што је повредио своју процесну дужност обавештавања суда о промени адресе. Седница већа ће се одгодити само ако окривљени и бранилац нису уредно позвани.

Државни тужилац *доставља списе предмета* уз оптужницу (члан 342 став 2 ЗКП Хрватске). На темељу члана 9 ЗКП Хрватске, државни тужилац има дужност непристрасности, да са једнаком пажњом прикупља податке о кривици и недужности окривљеног. Ранија законска решења, пре законских измена и допуна 2013. године, предвиђала су обавезу на страни тужиоца „разоткривања доказа“, а да одбрана на седници оптужног већа *мора* обавестити тужиоца о доказима које ће извести на расправи, односно делимичног „разоткривања“ доказа одбране која такође постоји и у енглеском праву.¹¹²⁰ Постојала је појачана обавеза државног тужиоца да приложи попис доказа којима располаже, које не намерава да изведе, а који указују на „недужност“ и на „мањи степен кривље окривљеника“ или „представљају олакотне околности“, док су окривљени и бранилац морали да обавесте тужиоца о доказима које ће извести на расправи, а који се

¹¹¹⁸ Дамјан Кауриновић, „Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривици као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини,“ *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2013, стр. 201.

¹¹¹⁹ Т. Бубаловић (2012), стр. 225.

¹¹²⁰ Е. Ivičević Karas, Damir Kos, „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 18, 2/2011, стр. 461.

односе на постојање „алибија“ и „неубројивости“.¹¹²¹ Постојеће законско решење прописује могућност откривања доказа одбране. Откривање доказа зависи од воље одбране. Према налажењу Уставног суда Хрватске, нико не присиљава окривљеног да „исказује да ће се бранити алибијем или неубројивошћу“.¹¹²²

Након извођења доказа и расправљања о законитости доказа (претходно суђење о законитости доказа), оптужно веће надлежно је да донесе решење о издвајању доказа из списка предмета (члан 351 став 2 ЗКП). Дозвољена је и жалба на решење којим се одбија предлог одбране за издвајање незаконитих доказа (члан 351 став 3).

Потврђивање оптужнице позитивно је регулисано. Решење о потврђивању оптужнице доноси сепрема закону „ако веће установи да је оптужница основана“ (члан 354 став 1 ЗКП). *На потврђивање оптужнице није дозвољено изјављивање жалбе.* Решење о обустави кривичног поступка односи се и на поједине тачке оптужнице. Оптужница се *враћа државном тужиоцу и ако чињенични опис не произилази из раније прибављених доказа и ако је потребно боље разјашњење стања ствари.* Закон прописује процесну последицу ако државни тужилац не достави нову измењену оптужницу у предвиђеним роковима. Сматраће се да је одустао од гоњења.

Основне карактеристике оптужења у *Закону о кривичном поступку Северне Македоније* су: 1. посебан стадијум, међустадијум поступка; 2. ако није поднета изјава о признању кривице и ако у приговору није изражена спремност да се да изјава о признању кривице, основаност и законитост оптужнице *суд може* да цени на посебном нејавном контадикторном рочишту (тзв. „суђење оптужници“) што зависи искључиво од процене суда о потреби његовог одржавања; 3. у случају спремности окривљеног да да изјаву о признању кривице обавезно се заказује рочиште; 4. обавезна судска оцена оптужнице, по приговору или по службеној дужности, у циљу да се допринесе заштити окривљеног од неоснованог оптужења, квалитетнијој и делотворној контроли оптужнице; 5. цени се приговор одбране (подједнака оцена навода у приговору и основаности оптужнице, према списима и доказима које је поднео јавни тужилац); 6. право одбране на поуке о правима; 7. право на приговор, право окривљеног на признавање кривице преко свог браниоца у року од осам дана од пријема оптужнице, право на подношење листе доказа које одбрана предлаже да се изведу на главној расправи, који се без одлагања достављају јавном тужиоцу.¹¹²³ Због „недозвољеног мешања у стратегију одбране“, јавни тужилац није дужан да уз оптужницу поднесе доказе који јој не иду у прилог.¹¹²⁴ Јавни тужилац има законску дужност да након завршене истраге одбрани обелодани доказе које је сазнао, а могу да јој буду од користи (члан 302 став 5 ЗКП СМ). С друге стране, одбрана има правода захтева од јавног тужиоца да прибави те доказе у прописаном року (члан 302 став 6 ЗКП СМ) и да поднесе суду листу предложених доказа одбране.

Оптужницу контролише посебан судија за оцену оптужнице – судија појединац, ако је за кривично дело прописана казна затвора до 10 година. Веће у саставу од троје судија

¹¹²¹ Уставни суд Хрватске ценећи уставност закона нашао је да се „праведна равнотежа“ државног тужиоца и одбране окривљеног не може постићи „а да не постоји законска обавеза државног одвијетника да уз оптужницу приложи све доказе које је прибавио у својству истражитеља и на тај начин све доказе предочи одбрани и суду“. Вид.: Š. Pavlović, стр. 760 – 761, 774.

¹¹²² *Ibid.*, стр. 800.

¹¹²³ Више о основним карактеристима стадијума оптужења вид.: Г. Лажетић – Бужаровска (2014), стр. 119 – 141.

¹¹²⁴ О томе: Г. Калаџијев *et al.*, стр. 664 – 665.

професионалца контролише оптужницу ако је за кривично дело прописана казна затвора преко 10 година или доживотни затвор. Није дозвољено да судеће судије претходно контролишу и одлучују о оптужници (обавезно изузеће).

Најпре, након пријема оптужнице, на основу законског текста не следи обавезна контрола формалне исправности оптужнице у смислу да суд утврђује да ли оптужница садржи све што је потребно да би се по њој могло поступати (обавезни елементи оптужнице). Дужност суда да интервенише у садржину оптужног акта, те ингеренција суда да интервенише у садржину оптужног акта је минимална. Суд проверава да ли евентуално постоје „техничке грешке“ при изради оптужнице. У случају да утврди да постоје, вратиће јавном тужиоцу да их отклони у инструктивном року од три дана. Окривљени и његов бранилац имају право да поднесу приговор на оптужницу у року од 8 дана од пријема оптужнице. Нарочито полазећи од тога да је дозвољено уз оптужницу да се подносе прилози, те докази одбране, као резултат истражних радњи одбране, који поткрепљују аргументе одбране, сугерише се да би због једнакости оружја требало да се пре оцене оптужнице достави приговор јавном тужиоцу.¹¹²⁵ Ако основаност оптужнице судија односно веће цене на нејавном рочишту, најпре јавни тужилац укратко износи резултате истражног поступка, доказе на којима темељи оптужницу и који оправдавају оптужницу (члан 333 став 1 ЗКП СМ).

Активности одбране на рочишту се свode на: 1. образлагање приговора, ако је приговор поднет; 2. указивање на доказе у корист осумњиченог; 3. указивање на могуће пропусте у истрази; 4. указивање на незаконито прибављене доказе; 5. могућност предлагања листе доказа које захтевају да изведу на главном претресу; 6. одговор на наводе јавног тужиоца.

У зависности од постојања приговора на оптужницу, различити су начини ступања на снагу оптужнице. Ако се цени основаност оптужнице према наводима приговора, а судија/веће нађе да је оптужница основана донеће образложено решење о одобравању оптужнице, против кога није дозвољено изјављивање жалбе. Клаузула о одобравању оптужнице, према члану 339 ЗКП, доноси се истеком рока за подношење приговора ако: 1. приговор није поднет; 2. судија/веће не оцени да постоји потреба за одржавањем рочишта.

Контрола оптужнице у *Словенији* је међустадијум поступка. Њена сврха произлази из циља оптужнице, који се одређује као прецизирање предмета расправе, што је основ за одбрану и омогућава контрадикторни поступак.¹¹²⁶ Оптужницу подноси државни тужилац или оштећени као тужилац. Садржи обавезне елементе, идентификационе податке окривљеног, опис дела, законски назив и значење одредаба кривичног закона, значење суда, предлоге о доказима које треба да се изведу на главном претресу и образложење. У образложењу оптужнице, тужилац наводи чињенице које се имају доказати предложеним доказима и став тужиоца о одбрани. Прописно састављене оптужнице пружају могућност окривљеном да припреми одбрану, што је уставно право утврђено чланом 29 Устава Републике Словеније.¹¹²⁷ Специфичан је факултативни елемент оптужнице који

¹¹²⁵ Г. Лажетић – Бужаровска (2014), стр. 131.

¹¹²⁶ Mihelj Mojca, Terina Polona, Vrtacnik Urban, „The Slovenian Judiciary – A Guide through the Slovenian Courts“, *Slovenian Law Review*, Vol. 3, 2006, стр. 219.

¹¹²⁷ На значај оптужнице, њену функцију и значење њеног образложења за окривљеног упућује Врховни суд Словеније. „Оптужница је процесна радња која мора постићи два важна циља: 1. оптужница поставља границе суђења: одређује особу којој се суди и дело за које се суди, и 2. оптужница омогућава окривљеном да се упозна са оптужбом и њеним основом и на овај начин му омогућава да се брани“. *Vrhovno sodišče RS*,

„стимулише“ признање окривљеног и убрзавање поступка, а уједно и право државног тужиоца, предлог у погледу врсте и висине казне, која ће се изрећи окривљеном ако призна кривицу (када се први пут изјашњава о кривици); предлог о блажој казни, начину извршења или да се уместо казне изрекне мера упозорења, све под условима и границама одређеним кривичним законом (члан 269 став 2 ЗКПС). Судија овим предлогом начелно није везан.¹¹²⁸

Словенија задржава модел контроле оптужнице карактеристичан за раније важећи Законик о кривичном поступку Републике Србије. Формалну исправност оптужнице, контролише председник већа пред којим ће се водити главни претрес. Окривљени има право да у року од осам дана од дана достављања оптужнице изјави приговор против оптужнице, о чему се поучава након пријема оптужнице, а може и да се одрекне овог права. Благовремен приговор, изјављен од стране овлашћеног лица, председник већа доставља ванпретресном већу које одлучује о приговору у седници већа. Додатни израз начела једнакости „оружја“ и контрадикторности је достављање пре одлучивања копија приговора тужиоцу, који има право да поднесе одговор у року од три дана (члан 275 став 2 ЗКПС). О основаности оптужнице одлучује се по приговору одбране или/и по захтеву суда.

Председник већа може да иницира испитивање основаности оптужнице (материјалну контролу оптужнице) супсидијерно, ако није поднет приговор или је приговор одбачен (када веће одлучује да ли се слаже са оптужницом), али и у случају да је поднет приговор (члан 284 ЗКПС). О његовом захтеву одлучује ванпретресно веће. По захтеву председника већа одлучује се о било ком питању о коме се по закону доноси одлука поводом приговора (члан 284 став 1 ЗКПС). Ванпретресно веће проверава да ли оптужница садржи све што је потребно да би се по њој могло поступати, да ли постоје грешке и пропусти у самом поступку, те да ли је потребно да се боље разјасни стање ствари да би се испитивала основаност оптужнице (члан 276 став 2 ЗКПС). Јавни тужилац је дужан да у року од три дана након пријема одлуке већа поднесе исправљену оптужницу, да захтева спровођење истраге или допуну истраге.¹¹²⁹

Ванпретресно веће приликом испитивања оптужнице доноси решење о оглашавању суда ненадлежним за поступање, решење о издвајању из списка као незаконитих записника и обавештења против којег је дозвољена посебна жалба. Одлуке суштинског карактера су нема места оптужби и кривични поступак се обуставља, која се доноси из разлога материјалноправне и процесне природе који искључују, трајно спречавају и неоправљају гоњење¹¹³⁰ односно решење о одбијању оптужнице и решење о одбацивању оптужнице, које

Sodba I Ips 175/98 02.10.1998, доступно на <http://www.sodisce.si/vsrs/odlocitve/23363/>, приступљено 11. новембра 2020.

¹¹²⁸ Указује се да “такав аранжман даје тужилаштву одређену улогу у стварању казнене политике, која је и даље у великој мери под покровитељством и надлежношћу судова“. Вид. Мојса М. Plesničar, „Iz sodnikovih v tožilčeve roke? Vpliv pogajanj o sankcijah na kaznovanje“, *Zbornik znanstvenih razprav – Letnik*, Vol. 73, 2013, Pravna fakulteta Univerza v Ljubljani, Ljubljana, стр. 90 – 91.

¹¹²⁹ Нестраначки карактер поступка, те улога државног тужиоца не само као странке у поступку, већ и државног органа произлази из његове дужности да о разлозима непоступања по одлуци већа обавести Врховно државно тужилаштво (члан 276 став 2 ЗКПС).

¹¹³⁰ Веће доноси решење ако нађе да дело које је предмет оптужбе није кривично дело; да постоје околности које искључују кривицу или кривично дело и да нема основа за изрицање мере безбедности; да је кривично гоњење застарело, обухваћено амнестијом или помиловањем, или ако постоје друге сметње које спречавају гоњење; да постоји несразмера између мањег значаја дела и последица кривичног гоњења. Законска дефиниција у члану 277 став 1 тачка 5 ЗКПС одређује да несразмера постоји ако је опасност дела безначајна због природе или тежине дела или зато што су штетне последице безначајне или не постоје или услед других околности у којима је дело учињено и због ниског нивоа кривице учиниоца или због околности које се односе на личност учиниоца.

се доноси ако постоје привремене сметње за гоњење. Утврђује се право на изјављивање приговора против оптужнице која је подигнута након закључења споразума о признању кривице између јавног тужиоца и окривљеног. Одлука о одбијању приговора као неоснованог негативно је дефинисана. Решење о одбијању приговора доноси се у случају да се не донесе ниједно од претходно наведених решења (члан 280 став 1 ЗКПС). Мора да буде образложено (члан 282 ЗКПС), иако против њега није дозвољено изјављивање жалбе (члан 283 став 1 ЗКПС). Тужилац и оштећени имају право да изјаве жалбу против решења о обустави поступка или одбијања оптужбе (члан 283 став 1 ЗКП).

4. Остваривање начела једнакости „оружја“ у поступку судске контроле оптужбе

Јавни тужилац, окривљени и бранилац нису присутни током поступка одлучивања ванпретресног већа. Пракса Европске комисије и Европског суда за људска права, указује да фазе испитивања током којих ниједна страна није била присутна испуњавају начело „једнакости пред судом“ и према томе прејудицирају правичност поступка целини.¹¹³¹ Законик о кривичном поступку спречава прејудицирање правилом да се судија који је у истом предмету одлучивао о потврђивању оптужнице обавезно изузима (члан 37 став 1 тачка 4 ЗКП). Стручна одбрана језаконска заштитна гаранција начела једнакости „оружја“ у поступку контроле оптужнице. Одбрана је обавезна, јер се оптужница подиже за кривично дело за које је прописана казна затвора преко осам година. У случају да окривљени нема браниоца, а ванпретресно веће нађе да је оптужница прописно састављена,¹¹³² председник ванпретресног већа упућује допис председнику суда да постави окривљеном браниоца по службеној дужности или претходно упућује допис окривљеном ради изјашњења у кратком року да ли ће да користи право на слободан избор браниоца. Браниоцу и окривљеном се уз оптужницу доставља решење о постављењу браниоца.

Недостаци негативног формулисања потврђивања оптужнице и одсуство регулисања одлучивања о одговору на оптужницу,¹¹³³ отклоњиви су образлагањем оцене постојања оправдане сумње и оценом навода из одговора на оптужницу у решењима о потврђивању оптужнице, али упитно је у којој мери се овакво одлучивање примењује. Једина законска заштитна гаранција је да решења у поступку испитивања оптужнице буду образложена (члан 342 ЗКП). Решење о потврђивању оптужнице треба да садржи и разлоге о оцени већа да су наводи из одговора на оптужницу у погледу „тражења“ одговарајуће одлуке већа неосновани.¹¹³⁴ У решењу о издвајању из списка записника и обавештења потребно је да се образложи основаност примедбе на законитост доказа, а у решењу о потврђивању оптужнице да се дају разлози о неоснованим примедбама одбране на законитост доказа у циљу остваривања права на образложену одлуку суда.

У поступку контроле оптужнице ограничено се примењује начело расправности и начело једнакости „оружја“ у погледу оптужбе. Изостаје претрес о оптужби пред ванпретресним већем на коме ће странке бити присутне и активно учествовати. Оспоравање кредибилитета доказа тужиоца у одговору на оптужницу нема процесни ефекат, јер

¹¹³¹ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр.405.

¹¹³² У пракси председник већа сачињава и потписује службену белешку којом констатује да оптужница садржи све елементе прописане одредбама члана 332 ЗКП.

¹¹³³ Вид.: В. Ђурђић, (2015 б), стр. 77.

¹¹³⁴ У нашој правној теорији се анализирајући карактер некадашњег приговора против оптужнице као правног средства објашњавало да се њиме управо „тражи одлука суда“. О томе вид.: З. Јекић, Р. Данић, стр. 278.

ванпретресно веће не цени доказе већ искључиво довољност законитих доказа за оправдану сумњу. Одбрана формално није овлашћена да у одговору на оптужницу предлаже доказе и указује на доказе одбране. Међутим, нема забрана и препрека, а у пракси се и дешава да одбрана предлаже доказе у прилог окривљеног или их доставља уз одговор на оптужницу. Докази одбране се не изводе пред ванпретресним већем нити користе за оцену контрадикторних доказа у поступку испитивања оптужнице. Евентуално могу да имају посредан утицај на активирање надлежности већа да нареди боље разјашњење стања ствари, али искључиво ако веће не нађе да има квантитативно довољно доказа за оправдану сумњу.

Примедбе одбране да током истраге нису предузете све доказне радње, за које ће се одбрана у пракси одредити само када је претходна процена да су докази у корист одбране и када цени да ће изношењем ових предлога остварити бржи и већи ефекат него на суђењу (за коју опцију ће се искусни браниоци одредити ретко), могу начелно, али ограничено мером тужилачких доказа да резултују наредбом јавном тужиоцу да допуни истрагу. Тада се јавља други проблем, како „принудити“ јавног тужиоца да ову доказну радњу изведе и да је квалитетно изведе.

Обавезна контрола оптужнице по службеној дужности, те једнака правна средства странака да побијају одлуке већа (жалба јавног тужиоца против решења којим се окончава поступак у овој фази и жалба окривљеног против решење о потврђивању оптужнице), упућује на први поглед на остваривање начела у нормативној сфери. Садржај одговора на оптужницу није законски утврђен. Упркос томе што окривљени и браниоци у одговору на оптужницу без формалних ограничења износе примедбе на оптужницу, опстају сумње у његову делотворност.¹¹³⁵

Поступак контроле оптужнице отвара дилему да ли се у њему суштински и практично остварује равноправност странака. Шкулић запажа да неконтрадикторна обавезна контрола оптужнице има рутински карактер који ће вероватно увек лако довести до потврђивања оптужнице, јер се узимају у обзир тужиочеви подаци.¹¹³⁶ Ђурђић сматра да је пропуштена прилика да се контрола оптужбе уреди у форми претходног рочишта на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главном претресу, што би процесну архитектуру приближило идеји правичног поступка.¹¹³⁷ Поменути аутор наводи да је од значаја за начело правичности поступка да се спречи да приликом претходног испитивања оптужбе судије буду „инфициране“ незаконитим доказима.¹¹³⁸ Начелно, расправљање странака пре свега о законитости доказа на седници већа доприноси свеобухватном разматрању законитости доказа на којима се темељи оптужница. Издваја се мишљење да би се у складу са начелом једнакоправности странака у „оружју“, на посебној седници, уз могућност извођења доказа искључиво на околност законитости прибављања доказа који је предложен од стране тужиоца, могло расправити питање прихватљивости оптужнице.¹¹³⁹ У прилог контрадикторном рочишту иду и примери контроле оптужбе *пред судом* из регионалног законодавства.

¹¹³⁵ Практично, није спорна делотворност навода одбране у погледу примене начела *ne bis in idem* и литиспенденције, јер је суду често непозната чињеница да је кривични поступак против окривљеног за кривично дело које је предмет оптужбе правоснажно окончан односно да је против окривљеног већ у току кривични поступак за кривично дело које је предмет оптужбе.

¹¹³⁶ М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 100.

¹¹³⁷ В. Ђурђић (2015 b), стр. 77.

¹¹³⁸ В. Ђурђић (2012), стр. 800.

¹¹³⁹ Александра Мартиновић, стр. 95.

Ванпретресно веће није надлежно да одреди да се пред ванпретресним већем изведу докази, нити пред функционалним обликом суда у истрази, када је по сопственој (слободној) *оцени* већато неопходно да би се разјасниле битне чињенице, о којима ће странке моћи равноправно да расправљају и да учествују у извођењу доказа постављањем питања под једнаким условима. Насупрот, директно је законски овлашћено да нареди јавном тужиоцу да истрагу спроведе/допуни (што се односи и на судију појединца у скраћеном поступку који може да нареди конкретно да се предузму *одређене* доказне радње односно прикупе *одређени докази*). У поступку контроле оптужнице, законско овлашћење тумачи се тако да омогућава већу из члана 21 став 4 ЗКП да нареди јавном тужиоцу, који је пред судом странка, да спроведе конкретну доказну радњу/доказне радње, чак и да да „упутства“ о спровођењу у виду питања која треба да се поставе. Ово поступање је контрадикторно страначким типовима поступка, адверзијалној конструкцији главног претреса коју прихвата наш законодавац, непостојању формалне дужности суда да утврђује истину, али и начелу једнакости „оружја“, јер омогућава тужиоцу да потпуније и квалитетније спроведе истрагу (евентуално и да измени оптужбу)¹¹⁴⁰, што може да резултује потврђивањем оптужнице и да има директан утицај на главном претресу услед одлуке суда да прихвати и користи те доказе, а са друге стране не може да нареди одбрани (у овој фази поступка) да прибави *одређене* доказе у своју корист и оствари ефекат у поступку контроле оптужнице или евентуално касније на суђењу.

Право окривљеног да изјави жалбу на решење о потврђивању оптужнице у условима непостојања активне одбране у поступку контроле оптужнице и одлучивања о довољности тужилачких доказа, чини се у већој мери неделотворним и да не може да супституише недостатке за одбрану који су настали због неповољнијег положаја одбране у односу на тужиоца, јер се сагледавају тужилачки докази и суд не може да упути доказни налог одбрани већ само тужиоцу, а уједно усложњава и успорава поступак упућивања предмета на суђење. Право на изјављивање жалбе одбране против решења о потврђивању оптужнице управо је један од разлога који доводи до честог и прекомерног коришћења овлашћења ванпретресног већа да враћа оптужнице на уређење и наређује спровођење/допуњу истраге. С друге стране, елиминисање жалбе против решења о потврђивању оптужнице може да доведе у питање остваривања начела једнакости „оружја“ ако се одбрани не омогући расправа о оптужби најпре недозвољавањем жалбе против одлуке о спровођењу истраге, а затим и необезбеђивањем делотворне расправе о оптужници у поступку њене контроле.

Законик о кривичном поступку од 2006. године прописивао је додатне гаранције за остваривање начела расправности и једнакости „оружја“: 1. *детаљније уређено право окривљеног на подношење приговора на оптужницу*; 2. позивање странака и бранилаца на *седницу већа* ради усменог изношења својих ставова и када се оптужница преиспитује по захтеву председника већа; 3. право окривљеног да и у приговору предложи суду извођење *одређених* доказа, о чему се окривљени поучава приликом достављања оптужнице.¹¹⁴¹ Ово законско решење свакако је пружало могућност активне одбране и веће могућности утицаја одбране на окончање поступка контроле оптужнице, али истовремено активну улогу суда уз права учешћа странака, што је сагласно истовременом унапређењу функција контроле

¹¹⁴⁰ У судској пракси, након спроведене истраге/допуне истраге, оптужница се подноси суду и контролише изнова, те се суштински третира да је нова оптужница, што омогућава јавном тужиоцу да након предузимања доказних радњи, у вези са њиховим резултатима, измени и допуни оптужницу. Овакво поступање односи се и на контролу оптужног предлога од стране судије појединца након предузимања *одређених* доказних радњи.

¹¹⁴¹ Схватање у правној теорији је да се бранилац и окривљени у одговору на оптужницу не могу позивати на нове доказе нити их прилагати. Вид.: М. Грубач, Т. Васиљевић (2014), стр. 608.

оптужнице које проистичу из уставних начела – контрола јавног тужиоца у погледу гоњења и остваривање права на судску заштиту, права на правично суђење и права на одбрану.

Важећа нормативна решења у поступку контроле оптужнице и несклад активне улоге ванпретресног већа са лимитираном улогом суда на главном претресу, генеришу дилему у судској пракси липоступак испитивања оптужнице треба да се тумачи искључиво као „чист страначки“ и од каквог је то утицаја на схватање улоге кривичног ванпретресног већа. Јавни тужиоци, окривљени и браниоци очекују лимитирану улогу већа, управо позивајући се на одредбечлана 15 ЗКП – а.

У јавнотужилачкој пракси често се сматра да се спровођењем надлежности већа крши начело акузаторности и законитости кривичног гоњења, док субјекти у функцији одбране истичу да веће вршењем својих овлашћења нарушава равноправност странака „помагањем“ јавном тужиоцу да формулише и докаже предмет оптужбе, што је последица елиминације начела истине у кривичном поступку. *Спровођење суштински истражних овлашћења већа* други су разлог који иде у прилог одржавању рочишта пред већем.

Приметно је да ванпретресно веће више пута враћа оптужницу јавном тужиоцу ради уређења.¹¹⁴² Нису ретки ни случајеви да се у образложењу наредбе којом се наређује јавном тужиоцу да донесе наредбу о допуни истраге, осим навођења доказних радњи које је потребно предузети, набрајају бројна и детаљна питања која треба да се поставе сведоку¹¹⁴³ или вештаку. Овим законским решењем доводи се у питање и положај јавног тужиоца јер му није дозвољено да побија одлуку суда у форми наредбе којом суд наређује и начин спровођења истраге и тиме се директно меша у стратегију и тактику јавног тужиоца, што је у супротности са важећом, само инструктивном улогом суда у истрази у погледу извођења доказа, чија реализација се у пракси избегава.

Поступање већа у пракси превазилази страначку вољу, али може и да дода „оружје“ јавном тужиоцу. Странке поједина питања „чувају“ за фазу главног претреса. Веће поступа као да има истражна овлашћења, а не овлашћење да нареди допуну истраге, што је противно законској надлежности. Јавном тужиоцу неретко сенаређује и да у допуни истраге поново саслуша окривљеног, поново испита сведока или да нареди допунско вештачење, ако нађе да јавни тужилац није поставио сва питања потребна за разјашњење да ли постоји оправдана сумња да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет. На описани начин суд преузима улогу јавног тужиоца. Резултат активног деловања већа може да буде противан интересима окривљеног, па самим тим фаза контроле оптужнице губи заштитну функцију. Искусни браниоци процењују у зависности од конкретног случаја и разлога побијања да ли

¹¹⁴² Положај јавног тужиоца је привилегован у односу на положај приватног тужиоца, с обзиром на то да у случају да јавни тужилац не исправи оптужницу у одређеном року (року од 3 дана или продуженом року по захтеву јавног тужиоца), процесна последица је доношење решења о одбацивању оптужнице (члан 333 став 3 ЗКП). *Ratio legis* решења је изражен јавни интерес за гоњење. У овом случају не примењује се начело *ne bis in idem* (члан 4 ЗКП), па ће јавни тужилац моћи да након правноснажности решења о одбацивању оптужнице поново поднесе формално исправну оптужницу.

¹¹⁴³ Из праксе издвајамо пример наредбе већа у којој се наводе питања која заменик јавног тужиоца треба да постави сведоку у погледу: евентуалног закупа гараже, сачињавања уговора, уласка у посед, времена уласка у посед, преговора закуподавца и закупопримца, лица која су водила преговоре, начина вођења преговора, испуњавања обавеза из уговора, начина коришћења гараже, сврхе коришћења, начина остваривања контакта закуподавца са закупцем итд. и образложење зашто су питања неопходна. Из наредбе Првог основног суда у Београду К бр. 494/18 – Кв бр. 528/18 од 3.5.2018. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду.

ће да изјаве одговор на оптужницу. Неће се одредити да остваре право на подношење одговора на оптужницу ако цене да на основу доказа тужиоца и на основу доказних предлога одбране суд може да донесе ослобађајућу пресуду, да би ефекат могли да остваре тек на главном претресу, да би спречили одуговлачење поступка ако је окривљени у притвору (када се и неретко одричу права да изјаве жалбу на решење о потврђивању оптужнице). Такође, неће се одредити да указују на извођење доказа за који сматрају да би био у корист оптужбе, нити на пропусте тужиоца у вези терета доказивања у циљу избегавања да се оптужница врати ради допуне истраге и да се тиме ови недостаци исправе.

Ванпретресно веће у оквиру општег законског овлашћења може да нареди јавном тужиоцу да предузима доказне радње у корист одбране у складу са обавезом непристрасности. Тада фактички посредно контролише одлуку јавног тужиоца да одбије доказни предлог одбране у истрази. Међутим, не може да поступау овом циљу, јер то није задатак већа. Поступање већа следи након оцене да је извођење доказа неопходно за разјашњење стања ствари. Практично, сагласно важећем законском решењу веће једнострано треба да цени да ли има довољно јасних тужилачких инкриминишућих доказа да би предмет могао да се упутити на суђење. Неспорно је да веће може да нареди јавном тужиоцу допуну истраге ако су прикупљени релевантни докази нејасни тако да веће не може да оцени да ли постоји потребан степен сумње (нпр. сведок није дао јасан исказ у погледу одлучне чињенице, вештак није одговорио јасно на задато питање у наредби о вештачењу).

Замислива је ситуација, коју законодавац није регулисао, да се окривљени и бранилац позивају на доказе у корист одбране које тужилаштво није доставило суду (нпр. записник о препознавању лица из кога произлази да оштећени није препознао окривљеног или да је препознавање извршено са малим процентом вероватноће), супротно обавези непристрасности.¹¹⁴⁴ Често ови наводи могу да доведу до тога да ванпретресно веће, користећи се овлашћењем да нареди боље разјашњење ствари током испитивања оптужнице, захтева достављање записника о препознавању или да се мимоизричитих законских овлашћења траже тужилачки списи. Овакво поступање упућује на суштинске истражне радње ванпретресног већа ради провере остваривања дужности непристрасности. Истражна овлашћења суда сама по себи нису противна начелу једнакости „оружја“ ако се странкама пружи прилика да учествују једнако у разјашњењу да ли постоји оправдана сумња.

У случају да јавни тужилац не предузме све наређене доказне радње ради бољег разјашњења ствари или не разјасни све околности према наредби већа, а веће сматра да и поред предузетих радњи не постоји оправдана сумња да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на теретније прописана процесна последица. Утврђује се поступање само у случају да приватни тужилац пропусти рок од тридесет дана од саопштења одлуке да прикупи доказе – оптужба ће бити одбијена. Логичким тумачењем долази се до закључка да јавни тужилац није разјаснио стање ствари, те данема довољно доказа у прилог оправдане сумње и да је испуњен законски разлог за доношење решења нема места оптужби и кривични поступак се обуставља.¹¹⁴⁵ Ово поступање односи се и на судију појединца у поступку

¹¹⁴⁴ Закон о казненом поступку Хрватске, *NN 152/2008*, садржао је правило о дужности откривања доказа државног тужиоца у фази контроле оптужнице. Државни тужилац био је дужан да поред доказа на којима се темељи оптужница достави суду и попис доказа којима располаже, а не намерава да их изводи пред судом, ако указују на недужност и на мањи степен кривице окривљеног или представљају олакшавајуће околности.

¹¹⁴⁵ Доктрина у вези надлежности ванпретресног већа из члана 337 став 3 ЗКП наводи да постоји прилично парадоксална ситуација да „независан“ суд указује тужиоцу на грешке у оптужници и даје му „допунску шансу“ за њихову корекцију уместо да такву оптужницу одбије, односно поступак обустави, те да

претходне контроле оптужног предлога. Ако нађе да нема довољног доказа за оправдану сумњу јер јавни тужилац није предузео доказне радње у року од 30 дана¹¹⁴⁶ или није разјаснио важне околности, овлашћен је да одбије оптужни предлог. У пракси нису ретке ситуације да веће поново нареди да се истрага допуни, што може да доведе до „зачараног круга“ ако јавни тужилац одбије да поступи у складу са наредбом већа.¹¹⁴⁷ Основна замерка у стручним радовима је да се тужилац „присиљава“ да изведе одређене доказе које није желео да изведе на главном претресу, лишава се тактике, коју супротна страна свакако има, јер своје доказе још није ни презентовала јавном тужиоцу.¹¹⁴⁸

Веће својстав заснива на одредбама ЗКП: 1. да је искључива надлежност већа да цени у смислу члана 337 ЗКП да ли је стање ствари у довољној мери разјашњено да би се испитала основаност оптужнице; 2. да је веће надлежно да донесе обавезујућу одлуку (наредбу), на коју не постоји право жалбе.¹¹⁴⁹ У нашој старијој правној теорији се објашњава да је јавни тужилац у односу на друштво – државу државни орган, док је у кривичном поступку у односу на окривљеног кривичнопроцесна странка.¹¹⁵⁰ Међутим, јавни тужилац искључиво је надлежан да спроводи истрагу и ако сматра, по свом слободном уверењу, да не постоји оправдана сумња доноси наредбу о обустави истраге, док у супротном подиже оптужницу. У судској пракси проналазимо на тумачење да се „овлашћења суда у вези кориговања грешака тужиоца морају рестриктивно тумачити како се не би повредило право на правично суђење и нарушила законом прописана равноправност странака“.¹¹⁵¹

Више разлога узрокује активну улогу већа у односу на опис дела и фактички истражну улогу већа. Први, односи се на одлуке које доноси. Оптужница се, у складу са ставом судске праксе, враћа јавном тужиоцу да исправи недостатке углавном у форми решења, против којег није дозвољено изјављивање жалбе.¹¹⁵² Против решења о потврђивању оптужнице дозвољено је изјављивање жалбе. У образложењу наредбе којом се наређује допуна истраге, веће наводи питања која треба да се поставе окривљеном, сведоку или вештаку да не би „ризиковало опстанак“ решења о потврђивању оптужнице. Одговори на питања омогућавају већу да детаљно образложи решење. Разлози на којима се темељи решење већа често су опширни,

произлази да прокламаторна непристрасност суда и тужиоца иде на штету окривљеног. Вид.: В. Бајовић (2019), стр. 557.

¹¹⁴⁶ У скраћеном кривичном поступку одређује се да доказне радње или прикупљање доказа мора да се оконча у року од 30 дана, док је у редовном поступку, на основу наредбе ванпретресног већа, јавни тужилац искључиво дужан да донесе наредбу о спровођењу/допуни истраге у року од три дана. Одуство временског ограничења може да доведе до других истрага/допуна истрага, те да узрокује штетне ефекте по одбрану у погледу суђења у разумном року и одлагања приступа суду.

¹¹⁴⁷ Законик не одређује процесну последицу пропуштања јавног тужиоца да поступи по наредби већа, као што је случај са приватним тужиоцем. Основни проблем је што је јавни тужилац странка у поступку пред судом, а странка није дужна да изводи доказе. Дужност јавног тужиоца је да гони, у складу са начелом законитости кривичног гоњења, али ако јавни тужилац сматра да има довољно доказа за даље гоњење окривљеног, супротно оцени већа, ова оцена не може се квалификовати као кршење начела законитости. Јавни тужилац је као и веће надлежан да цени да ли постоји оправдана сумња.

¹¹⁴⁸ Милица Вујанић – Ђорђевић, „Испитивање оптужнице – проблеми у пракси“, *Crimen* (VI) 2/15, стр. 192.

¹¹⁴⁹ Из дописа Првог основног суда у Београду К бр. 137/18 – Кв бр. 70/18 од 23.10.2018. године упућеном Првом основном јавном тужилаштву, непосредан увид у предмет

¹¹⁵⁰ Д. Димитријевић, стр. 105.

¹¹⁵¹ Решење Апелационог суда у Београду Кж 2 748/16 од 16.5.2016. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду

¹¹⁵² У пракси се проналазе и примери враћања оптужнице на уређење одлуком у форми наредбе. Међутим, наведено није од суштинског значаја, с обзиром да се у оба случаја не може изјавити жалба.

нарочито када је речо сложеним предметима. Садрже обимно интерпретирање доказа и анализу доказа.¹¹⁵³

Други, судски списи обухватају у целости истражне списе који обухватају и полицијски материјал. Веће добија у потпуности истражне списе и захтева да му се доставе у целости по основу дужности непристрасности јавног тужиоца. Управо ови материјали указују која лица треба да се позову у својству сведока (нпр. ко су сви очевици догађаја), те даје основ за испитивање сведока истовремено указујући на питања која треба сведоку да се поставе, што је све противно страначком систему и указује да овај поступак није у бити страначки.

Трећи разлог је надлежност суда на главном претресу. Суд на главном претресу, осим незнатних измена, несуштинског карактера, не може да интервенише у опис дела. Доказна улога суда на главном претресу сужена је, али је основ за изјављивање жалбе против пресуде погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање.

Четврти разлог је укоренења традиција поштовања начела истине. Судаће веће нема нормативни основ да би се руководило овим начелом, а јавни тужилац може да изјави жалбу због прекорачења надлежности судаће веће у погледу поступања по службеној дужности. Доктрина примећује да је начин размишљања да суд није овлашћен да исправља грешке тужилаштва укоренењен у адверзијалном поротном моделу где незадовољство јавности одређеним пресудама иде на рачун тужилаштва, али не и у нашем систему у коме јавност сву одговорност за донете пресуде „сваљује“ на терет суда.¹¹⁵⁴ Управо се очекује да ће ванпретресно веће да премости неконзистентност традиције и важећих начела и основних правила кривичног поступка, посебно имајући у виду изричита овлашћења већа из члан 337 став 4 ЗКП.

Питање остваривања захтева начела једнакости „оружја“, поставља се и у поступку одлучивања о издвајању записника и обавештења из списка предмета са нормативног аспекта. Изричито је прописано у члану 337 став 6 ЗКП да је против решења о издвајању из списка записника или обавештења дозвољена посебна жалба. Правни интерес да изјави жалбу има јавни тужилац. Ако окривљени или бранилац предлажу у одговору на оптужницу да већедонесе решење, а веће нађе да су наводи неосновани, став судске праксе је да се не доноси посебно решење којим ће се одбити предлог. Осим тога, у случају доношења посебног решења о одбијању, премачлану 343 ЗКП и члану 465 став 2 ЗКП, не би било дозвољено изјављивање жалбе. Дилема нема практичан значај акорешења о потврђивању оптужницеу пракси садрже посебно образложење за ову одлуку, те се тада у овој фази не остварује штетан ефекат по одбрану. С тим у вези, не може да се приговори да се окривљени поставља у неравноправни положај у односу на јавног тужиоца.¹¹⁵⁵ Нормативно и практично проблем се избегава установљењем дужности одлучивања по одговору на оптужницу.

¹¹⁵³ Истраживање судске праксе у Првом основном суду у Београду показало је да је у току 2017. године од двадесет и четири ожалбених решења о потврђивању оптужнице, једно решење укинута, а током 2018. године од двадесет и девет ожалбених решења о потврђивању оптужнице два решења су укинута.

¹¹⁵⁴ В. Бајовић (2015), стр. 154.

¹¹⁵⁵ Питање добија на значају у правним системима који не дозвољавају изјављивање жалбе на решење о потврђивању оптужнице. Вид.: Е. Ивичевић Карас, Д. Кос, стр. 464.

У хрватском праву прописано је да је дозвољена посебна жалба против решења којим се одлучује о предлогу странака о издвајању незаконитог доказа из списка (члан 86 став 1 ЗКП Хрватске).

У условима контрадикторне седнице већа и права окривљеног да изјави жалбу против решења о спровођењу истраге којом ће тражити судско преиспитивање и утврђивање основане сумње, одсуство права окривљеног на изјављивање жалбе на решење о потврђивању оптужнице, само по себи не би било од утицаја на остваривање начела једнакости „оружја“. Додатно потребно је да се узме у обзир да се повреда начела утврђује у односу на кривични поступак у целини. На главном претресу, предмет расправљања биће контрадикторни докази, а у завршним речима странке и браниоци ће бити у прилици да изнесу сопствену оцену изведених доказа. Елиминација другостепеног поступка довела би до поједностављеног образлагања постојања оправдане сумње и уједно убрзавања почетка суђења.

Одсуство посебног решења о одбијању предлога да се издвоји незаконит доказ, те одсуство права на изјављивање жалбе на одлуку о неиздвајању доказа не би било *a priori* у супротности са начелом једнакости „оружја“. Важно је да је окривљеном пружена прилика да захтева изузимање доказа односно да оспори коришћење доказа, те да се захтев окривљеног разматрао. Окривљеном се одбијањем већа не ускраћује право да и даље захтева издвајање доказа. Осим тога, потребно је да се има у виду да једоказна неваљаност сврстана у релативно битне повреде одредаба о кривичном поступку прописивањем да постоји битна повреда одредаба кривичног поступка ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама ЗКП – а не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда (члан 438 став 2 тачка 1 ЗКП), што захтева оцену доказа која је у надлежности судећег већа.¹¹⁵⁶

Основни проблем „прослеђивања“ незаконитих доказа у наредну фазу кривичног поступка је остваривање утицаја на суд¹¹⁵⁷ и његову непристрасност. У условима уређивања припремног рочишта додатна заштита обезбеђује се пре почетка суђења надлежношћу председника већа да издвоји незаконит доказ поступајући и по службеној дужности. Ипак, ако би се законодавац у будућности определио да изостави припремно рочиште, жалба против посебног решења о одбијању предлога била би оправдана заштитна гаранција права на одбрану, ако се има у виду да поједини незаконити докази према пракси ЕСЉП чине суђење „непоправљиво“ неправичним.¹¹⁵⁸ Директива (ЕУ) 2016/343, у рециталу 45, позива се на УН Конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака од 10. децембра 1984. године, на основу које изјава за коју је утврђено да је дата као резултат мучења не треба да се прихвати као доказ у било којем поступку, осим против особе оптужене за мучење, као доказ да је изјава дата. Контрадикторна седница већа допринела би свестраном разматрању захтева за издвајање ових доказа и омогућила спровођење истражних овлашћења већа у погледу утврђивања њиховог постојања, поштујући начело једнакости „оружја“.

¹¹⁵⁶ Сложена су разматрања ЕСЉП у случају *Gäfgen v. Germany*, 22978/05, пресуда Великог већа од 1. јуна 2010. године, у коме су материјални докази прибављени у истражној фази захваљујући изнуђеном признању окривљеног датог у полицији, за које се ценило да је предузето у циљу спашавања жртве. Суд је нашао да одбијање изузимања материјалних доказа на суђењу није било одлучујуће за исход поступка, већ да је осуда заснована на признању окривљеног датом на суђењу уз поштовање привилегије против самоинкриминације и права на одбрану, због чега није повређено право на правично суђење.

¹¹⁵⁷ Бајовић налази да и када незаконити докази буду изузети од стране председника већа, „он их не може користити у образложењу пресуде, али то не значи да их неће имати у подсвести приликом одлучивања“. Вид. В. Бајовић (2015), стр. 127.

¹¹⁵⁸ Шкулић објашњава да је на пример мучење као забрањена метода или коришћење неких хемијских средстава којима се делује на вољу лица које се саслушава, односно испитује, спадају у забрањена доказна средства, код којих постоји кумулативно забрана коришћења и вредновања. Вид. М. Шкулић (2020 а), стр. 192.

Контрадикторно рочиште издвајамо као адекватан законски инструмент за остваривање пуног права на одбрану у овој фази поступка, како у погледу оспоравања законитости доказа, тако и у погледу евентуалних доказних предлога одбране и указивања на доказе у корист одбране (када одбрана оптира да изнесе унапред доказе у циљу спречавања да поступак уђе у фазу суђења), који могу да имају нарочит правни и практични значај за остваривање приступа суду окривљеног који је лишен слободе пре суђења, те и у погледу указивања на пропусте у истрази. У прилог овом ставу иду и претходно изложена решења из упоредног законодавства која прихватају у већини доказну активност одбране у међустадијуму поступка.

ПЕТО ПОГЛАВЉЕ

ПРИПРЕМЕ ЗА ГЛАВНИ ПРЕТРЕС И ГЛАВНИ ПРЕТРЕС

У фази припремног рочишта, окривљени постаје процесни субјект равноправан у процесним правима са јавним тужиоцем. Остварује непосредан приступ суду. Једнак процесни третман странака нормиран је у четири вида: однос према оптужби, постојећи доказни предлози, нови докази и предлози суду за предузимање процесних радњи.

На главном претресу раздвојене су основне процесне функције (оптужење, одбрана и суђење). У духу акузаторског начела „оптуженик и тужилац су странке, које имају посве једнака процесна права за остварење својих интереса у овом стадију поступка“.¹¹⁵⁹ Главни претрес одликује најпотпунија примена начела једнакости „оружја“. Подразумева отклањање ограничења наметнутих одбрани у истрази (ефекат „лечења недостатака“) и право странака на једнака права и правна средства („оружја“). На суђењу и током пресуђења успоставља се однос начела са начелима расправности и непосредности, који има вишеструку практичну примену (нпр. заснивање пресуде на исказима сведока).

Улога странака на главном претресу изражена је у правним системима у којима судија на главном претресу не поседује тужилачки спис (*case file*) из истраге. Одлука о кривичној ствари доноси се на основу онога што је вербално изнето на главном претресу.¹¹⁶⁰ Вештине говора (вербалне способности, реторичке способности) учесника у поступку могу да дају значајну предност.

Странке на главном претресу имају: 1. једнака процесна права и средства да утичу ток и исход кривичног поступка (статусна једнакост); 2. једнако довољну прилику да остварују своја права и користе правна средства. Основна средства остваривања начела једнакости „оружја“ на главном претресу су присуство оптуженог суђењу и право на браниоца.¹¹⁶¹ Право на присуство тесно је повезано са правом на усмено саслушање и правом да прати поступак.¹¹⁶² По правилу, оптужени остаје у судници током читавог главног претреса (члан 390 став 3 ЗКП). Није довољно само физичко присуство окривљеног и његовог браниоца. Европски суд за људска права цени утицај стања умора на могућност одбране, налазећи да је од суштинског значаја да не само оптужени, већ и њихови браниоци могу да прате поступак.¹¹⁶³

Бројна правила ЗКП – ао главном претресу одражавају начело, иако се изричито не дефинише нити помиње, за разлику од примера у упоредном законодавству. Пре свега, структура главног претреса: изјашњење оптуженог након излагања оптужбе, уводна

¹¹⁵⁹ V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, Knjiga prva, Školska knjiga, Zagreb 1960, стр. 168.

¹¹⁶⁰ Херман релативизује традиционални значај главне расправе с аспекта важности доказног материјала који се прикупља током претходног поступка. Наводи да је „сврха полицијског испитивања открити што се догодило и ако је могуће прибавити окривљениково признање“. Вид.: Joachim Herrmann, "Policijsko ispitivanje okrivljenika – igra moći Njemačka – Sjedinjene Američke države – Hrvatska“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, 1/2004, стр. 260.

¹¹⁶¹ Одлука јавног тужиоца да даље спроводи истрагу и предузима доказне радње у случају недоступности окривљеног, те каснија одлука суда о суђењу у одсуству, има практични значај за заснивање пресуде на исказима сведока испитаних у одсуству окривљеног.

¹¹⁶² P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр. 406.

¹¹⁶³ *Makhfi c. France*, ECtHR, Requête n° 59335/00, 19 octobre 2004, définitif 19/1/2005, para 39, 40

излагања и завршне речи. Нормативном анализом издвајамо правила која указују, директно или индиректно да је начело једнакости „оружја“ једно од темељних начела кривичног поступка. Правила о извођењу доказа на главном претресу садрже: једнако право браниоца и тужиоца на саслушање оптуженог (прво поставља питање бранилац, а затим тужилац); једнако право странака и браниоца на предлагање доказа¹¹⁶⁴ и извођење доказа (право оптуженог да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе, у његовом присуству испитају сведоци одбране из члана 68 став 1 тачка 10 ЗКП); једнако право на унакрсно испитивање сведока (право одбране да испитује сведоке оптужбе) и једнако право на оспоравање веродостојности доказа и коментарисање извођења доказа остварива постављањем питања, стављањем примедби, давањем објашњења у вези са изведеним доказима. Важно је да ли се оптуженом пружила прилика да оспорава коришћење доказа у кривичном поступку и да тражи њихово издвајање. Право обе странке на ангажовање стручног саветника (право на избор стручног саветника) и право сиромашног окривљеног на постављење стручног саветника новина је уведена у циљу обезбеђења начела једнакости „оружја“ у случају да је у кривичном поступку одређено вештачење.

Мере за одржавање реда на главном претресу подједнакосе односена обе странке. Поуке о правима и дужностима окривљеног на главном претресу (члан 389 став 1 тачка 3 ЗКП) један су од основних предуслова за остваривање права окривљеног да се брани од оптужбе на главном претресу, нарочито ако нема браниоца. Поједине поуке и провере разумевања поука изричито су регулисане (нпр. поука о праву оптуженог да се изјасни о чињеницама и доказима који га терете, да износи чињенице и доказе у своју корист, што се понавља и у члану 397 став 1 ЗКП). Неке поуке изричито се не установљавају, али су неопходне због околности везаних за личност окривљеног и предмет главног претреса (нпр. поуке о сиромашком праву).

Од усвајања ЗКП – а одваја нас значајан временски период, али сеи даље постављају бројна питања о односу надлежности суда и начела једнакости „оружја“. Налог председника већа за предлагање допунских доказа односи се на обе странке (члан 15 став 4 ЗКП). У правној науци и судској пракси дискутује се да ли се допунски докази и докази чије је извођење одредио судодносе искључиво на доказе који иду у прилог одбрани. Наступа ризик од нарушавања адверзијалне равнотеже између странака, ако се судије „спусте“ у арену.¹¹⁶⁵

Пре усвајања ЗКП – а од 2011. године, правна теорија указивала је на последице прихватања адверзијалних елемената са којима ће се касније суочити пракса. “Већина окривљених без браниоца, неће по логици ствари бити способна за успешно доказивање и биће сасвим очигледно у наглашено инфериорној позицији у односу на јавног тужиоца, а суд при том, нема никакав посебан мотив да остварује активнију доказну улогу, нити суд за то

¹¹⁶⁴ Један од основних затева начела једнакости „оружја“ је једнако право странака на предлагање доказа. Право на позивање и испитивање сведока није апсолутно. Суд је овлашћен да одбије доказни предлог одбране. Вид.: *Bricmont v Belgium*, ECtHR, App.10857/84, 7 July 1989; *Laukkanen and Manninen v. Finland*, ECtHR, App. no. 50230/99, 3 February 2004, final on 3 May 2004; *Solakov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, ECtHR, App. no. 47023/99, 31 October 2001, final on 31/1/2002; *Vidal v. Belgium*, ECtHR, App. no. 12351/86, 22 April 1992

Ипак одбијање доказних предлога, као и одбијање захтева за издвајања записника о предузетим доказним радњама, може бити показатељ (не)остваривања начела једнакости „оружја“.

¹¹⁶⁵ John Jackson, „The adversary trial and trial by judge alone“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002, стр. 340.

располаже адекватним процесним механизмима.¹¹⁶⁶Додатни проблем, који се надовезује на претходни је елиминација начела истине у кривичном поступку.

1. Припремно рочиште

Припремно рочиште (*hearings*) пред судом одржава се пре свега у адверзијалним системима, тзв. „прелиминарне конференције“¹¹⁶⁷. У Енглеској се, између осталог, износи предмет суђења, окривљени се изјашњава о оптужби, износи се одбрана психичких и физичких недостатака окривљеног, алиби окривљеног, број сведока, подаци о сведоцима, правна питања која се очекују да ће се изнети, питања допуштености доказа, процењено трајање суђења.¹¹⁶⁸

Припремно рочиште је фаза припрема за главни претрес (344 – 353 ЗКП). Уведено је ЗКП – ом од 2011. године и одликује га детаљно регулисање.¹¹⁶⁹ Нејавног је карактера. Факултативно је ако се окривљеном оптужницом ставља на терет кривично дело за које је прописана казна затвора до дванаест година и ако председник већа оцени да његово одржавање није целисходно с обзиром на прикупљене доказе, спорна чињенична и правна питања или сложеност предмета. Одржава се пред председником већа који није учествовао у потврђивању оптужнице, што је одлика гаранција непристрасности суда у поступању, те и један од предуслова остваривања начела једнакости „оружја“.

Први захтев начела једнакости „оружја“ је да председник већа у фази припрема за главни претрес обезбеди оптуженом ради адекватне припреме одбране да реализује право на благовремено разматрање списка предмета ради приступа битним информацијама. Благовремен приступ списима предмета претпоставка је да оптужени равноправно расправља о предмету главног претреса. На овај начин даје се прилика оптуженом и његовом браниоцу да се упознају са доказима тужиоца који ће бити изведени на главном претресу и да се припреме за њихово оспоравање.

Карактеристике припремног рочишта према ЗКП – у са аспекта начела једнакости „оружја“ сагледавају се поређењем са контролом оптужнице. Контрола оптужнице и припремно рочиште разликују се према циљу, функцији, односу суда према странкама и односима између странака.

1.1. Карактеристике припремног рочишта

Циљ контроле оптужнице је да само законите и основане оптужнице буду предмет расправљања на главном претресу, а припремног рочишта *утврђивање предмета расправљања* односно издвајање чињеничних и правних питања о којима ће се расправљати

¹¹⁶⁶ М. Шкулић (2010 а), стр. 607.

¹¹⁶⁷ М. Škulić (2012 а), стр. 388 – 389.

¹¹⁶⁸ Sir Philip Otton, „Pre – trial“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002, стр. 323.

¹¹⁶⁹ Закони о кривичном поступку БиХ/Ф БиХ/БД БиХ/РС садрже општу одредбу о могућности одржавања претпретресног рочишта са странкама и браниоцем да би се размотрила питања релевантна за главни претрес (члан 233а ЗКП БиХ, члан 248а ЗКП Ф БиХ, члан 233а ЗКП БД БиХ, члан 249 ЗКП РС).

на главном претресу. Примена захтева начела једнакости „оружја“ треба да се тумачиу складу са овим циљевима.

Функција контроле оптужнице јеконтролно – заштитна, док је функција припремног рочишта да се *спречи непотребно одуговлачење кривичног поступка* и да се и суд и странкешто боље припреме за суђење, те да се спрече непотребни прекиди и одлагања главног претреса.

Кривично ванпретресно веће остварује посредан однос са тужилаштвом (контрола формалне исправности оптужнице, наредба о бољем разјашњењу стања ствари) и одбраном(достављање оптужнице на одговор и разматрање навода из одговора на оптужницу). На припремном рочишту странке су постављене једна насрам друге и својим процесним радњама могу директно да „изазову“ процесне радње друге странке (одустанак јавног тужиоца од гођења након изјашњавања и изношења доказа одбране односно признање оптуженог након излагање оптужбе и изношења доказа који је поткрепљују; предлог за закључење споразума о признању кривичног дела и закључење споразума).

Право окривљеног на одбрану у фази контроле оптужнице значајно јеу практичном ефекту, пре свега за указивање већу да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, на сметње за вођење кривичног поступка, као и на незаконитедоказе. Одбрана евентуално предлаже допуну истраге предузимањем одређених доказних радњи ако сматра да тиме може да оствари дејство у корист одбране, али ови наводи су релевантни само ако је потребно да се разјасни да ли постоји оправдана сумња. Начело једнакости „оружја“ захтева да веће да разлоге у погледу основаности навода одбране. Повреда права одбране на изношење доказних предлога, страначких доказа, на припремном рочишту може да буде релевантнаакосе докази одбране одбију у смислу одредбе члана 395 ЗКП без давања разлога или уз паушалне и сумарне разлоге.

Расправљање странака на контрадикторној седницивећао“довољности и ваљаности доказа“ вероватно би смањилопотребу одржавања припремног рочиштау случајевима када је његово одржавање у дискреционој оцени суда. Уводна излагања била би довољна за остваривање економичности суђења, с обзиром на то да би се претходно поступајући председник судећег већа упознао са наводима странака увидом у записнике са седнице већа.¹¹⁷⁰

Право на одбрану окривљеног на припремном рочишту, изјашњење странака о предмету оптужбе, изношење доказа, предлагање нових доказа и предузимање процесних радњи одражавају гаранције начела једнакости „оружја“. Формулације Законика упућују на остваривање начела у овој фази поступка и његов значај. Окривљени и јавни тужилац имају

¹¹⁷⁰ Уводна излагања износе се ако се странке *нису* претходно на припремном рочишту *изјасниле* о предмету оптужбе и евентуално о врсти и мери кривичне санкције, предложиле доказе, изјасниле се о предлозима супротне странке и оштећеног (члан 393 став 1 ЗКП). На основу формулације остаје нејасно да ли се уводна излагања одржавају када се окривљени није изјаснио на припремном рочишту о оптужби и доказима, а да је на главном претресу изјавио да жели да се изјасни о оптужби, те да се изјашњава да није крив за кривично дело које му се ставља на терет. С обзиром да законодавац не регулише да ће се позвати странке или бранилац да изнесу уводна излагања ако није одржано припремно рочиште, могло би се закључити да је у овом случају дозвољено изношење уводних излагања, иако је ово и донекле спорно због изношења доказних предлога за које су окривљени и бранилац знали током припремног рочишта, али их без оправданог разлога нису предложили, што би могло да има утицаја на одлучивање суда о доказном предлогу. Уочљиве су ситуације у пракси и да се окривљени не изјашњава о оптужби на припремном рочишту, али да бранилац износи доказне предлоге, о којима ће најчешће суд одлучити након евентуалног изјашњења окривљеног о оптужби на главном претресу.

једнак процесни третман, нормиран у четири вида: 1. обавезно присуство браниоца да би се припремно рочиште одржало у одсуству окривљеног; 2. однос према оптужби (једнака прилика излагања оптужбе и оспоравања оптужбе); 3. једнака могућност подношења доказних предлога и нових доказа; 4. једнака могућност странака да подносе предлоге суду за предузимање процесних радњи.

Начело једнакости „оружја“ захтева да суд створи предуслове за једнаке прилике странака да сумарно искажу свој однос према оптужби и њеном утемељењу, да образложе доказе, предлажу нове доказе и предлажу суду прибављање доказног материјала од државних органа. Окривљени остварује непосредан приступ суду. Има право на „сазнање“, „коментарисање“ и предлоге ради парирања јавном тужиоцу. Права странака на „коментарисање“ и подношење предлога, саставни део начела расправности, једнако су постављена. Начело једнакости „оружја“ захтева да се реализују једнако, што је могуће само ако председник већа странака дозволи „разумно“ једнаку прилику да их остваре. Председник већа дужан је да води рочиште у складу са овим општим захтевом.

Ако окривљени нема браниоца, није дозвољено да се припремно рочиште одржи у одсуству окривљеног (члан 348 став 2 ЗКП). Присуство браниоца омогућава да одбрана буде адекватна и ефикасна, подједнако заступљена и активна иако окривљени због неоправданог изостанка није присутан. Тиме се нормативно испуњавају захтеви начела једнакости „оружја“. Бранилац је у процесним правима у једнаком положају у односу на јавног тужиоца.

Јавни тужилац дужан је да изнесе оптужбу (опис дела, законски назив кривичног дела и доказе). Изношење доказа и њихово образлагање треба да буде сумарно, конкретно, у односу на битна обележја бића кривичног дела које се окривљеном ставља на терет. Често је уопштено и своди се на набрајање доказа уз наглашавање да поткрепљују наводе оптужбе. Странака не може да анализу или неко образложење садржине тих доказа, што ће бити предмет током доказног поступка на главном претресу и анализе завршних речи.¹¹⁷¹

Председник већа поучава оптуженог о правима и дужностима у кривичном поступку. Након поучавања, проверава да ли је разумео оптужницу и поуке.¹¹⁷² Оптужени има право да ништа не изјави („привилегија против самооптуживања“), те да се не изјасни о оптужби.¹¹⁷³ Доктрина објашњава да се одсуство дужности окривљеног да се изјасни у оптужби сврстава у „негативна права одбране окривљеног“ – скуп овлашћења да не врши радње чије би вршење према схватању окривљеног било штетно по његову одбрану.¹¹⁷⁴ Ако је оспорио оптужбу, позива га председник већа да одреди на који део оптужбе се оспоравање односи и да укратко наведе разлог оспоравања. Не постоји дужност оптуженог да одговори и изнесе разлог оспоравања оптужбе. У правној теорији се упозорава да је у одсуству дужности суда да утврђује истину формулација одредбе члана 349 став 4 ЗКП да ће се

¹¹⁷¹ Александар Степановић, „Улога суда и стандарди доказивања у поступку потврђивања оптужнице и припремног рочишта“, *Билтен Вишег суда у Београду*, бр.84, Intermex, Београд 2014, стр. 101.

¹¹⁷² Председник већа може да укаже „помоћ“ оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу кратким излагањем садржаја оптужбе, ако немају пуномоћника из реда адвоката. Вид.: Г. Илић *et al.*, стр. 791.

¹¹⁷³ У пракси се дешава да се окривљени користи правом да ништа не изјави, а да бранилац пружа активну одбрану тако што износи доказне предлоге нпр. предлаже испитивање сведока наводећи околности о којима је потребно да се сведок изјасни. Често ће председник већа да одлучи о доказним предлозима накнадно, када окривљени изнесе своју одбрану и када оцени да ли је с обзиром на остале доказе целисходно извођење предложеног доказа. Супротно поступање „отворило би пут“ злоупотреби права на одбрану. Начело једнакости „оружја“ се не повређује, ако председник већа одлучи накнадно о доказним предлозима тако што исте одбија и образлаже своју одлуку у пресуди.

¹¹⁷⁴ С. Бркић, Т. Бугарски (2020), стр. 128.

„изводити докази у вези са оспореним делом оптужнице“ спорна са аспекта претпоставке невиности и опасности „стварања услова за испољавање драстичних неправичности у кривичном поступку”¹¹⁷⁵.

Изрази у законском тексту спорни су и збогтога што одсликавају теоријску поделу терета доказивања у англосаксонском праву на непромењиви и глобални – терет убеђивања (*burden of persuasion*) и промењиви и локални – продукциони терет, односно терет доказивости (*burden of production, the evidential burden, the burden of going forward with evidence*).¹¹⁷⁶ Терет доказивости односи се на расправну фазу адверзијалног поступка и одликује га преношењетоком расправе са једне странке на другу („напред – назад“) ради одговора на аргументе противне стране, право и дужност изношења разлога одбранеподложна санкционисању, тесношење ризика странке због неподношења доказа. Ешворт објашњава да је овај терет специфичан, јер је тужилаштво дужно да докаже елементе кривичног дела, док окривљени, ако жели да уведе на суђење расправу о нпр. самоодбрани, мора да изнесе веродостојне доказе о томе, па је након тога на тужилаштву да докаже ван разумне сумње да дело није учињено у законитој самоодбрани.¹¹⁷⁷

Судска пракса указује да је упутно одбрану упитати шта конкретно оспорава, потом тужиоца које доказе предлаже за оспорено, те потом одбрану за контрадоказе (то је моменат када треба да изнесу и све нове доказе).¹¹⁷⁸ Оспоравање оптуженог у овој фази односи се на чињенице из оптужбе, а не на доказе које је тужилац предложио.¹¹⁷⁹ Доказни предлози одбране односе се на доказе прибављене у ранијим фазама поступка који суу прилог окривљеном, доказне предлоге које је јавни тужилац одбио (члан 302 став 2 ЗКП) и на нове доказе. Странка се укратко и једнако изјашњава о предлозима супротне странке тако што се саглашава са извођењем тих доказа на главном претресу или се противи њиховом извођењу само сумарно наводећи разлог противљења.

Процесни предлози изричито регулисани на припремном рочишту су: 1) предлози за издвајање доказа и обавештења (члан 346 став 5 ЗКП); 2) доказни предлози (члан 347 став 2 и члан 350 став 1 ЗКП); 3) предлози пружања помоћи (члан 347 став 3 ЗКП); 4) сагласни предлози странака за укидање притвора или његову замену блажом мером (члан 351 ЗКП). Поступање суда по предлозима странака показатељ је остваривања начела једнакости „оружја“. Примена начела је у вези и са правом окривљеног на образложену одлуку суда. Оцена навода одбране битна је за образложење пресуде, у делу разлога одлуке којом се одбија предлог одбране (образложене или арбитражне одлуке).

Поводом овлашћења председника већа да донесе решење о издвајању из списка записника и обавештења који се не могу користити као доказ у кривичном поступку, браниоци и окривљени често инсистирају на доношењу посебног решења које ће се побијати посебном жалбом и у погледу одбијања захтева.¹¹⁸⁰ Ипак, не може се рећи да се нормативно нарушава начело једнакости „оружја“ чињеницом да члан 346 став 5 ЗКП прописује да је

¹¹⁷⁵ М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 122 – 123.

¹¹⁷⁶ О подели терета доказивања вид.: D. Walton, стр. 49 – 57.

¹¹⁷⁷ А. Ashworth (2006 b), стр. 88 – 90.

¹¹⁷⁸ Правна схватања Посебних одељења Вишег суда у Београду са седница одржаних током децембра 2011. и јануара 2012. године (уочи почетка примене новог Законика о кривичном поступку), *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012, стр. 8.

¹¹⁷⁹ Светлана Миљковић, „Улога припремног рочишта“, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012, стр. 93.

¹¹⁸⁰ Вид.: Ј. Тинтор (2016), стр. 317.

само против решења о издвајању из списка записника или обавештења дозвољена посебна жалба.

Начело би било повређено акоби суд прихватио *apriori* као законите доказе тужилаштва, аоптуженом и браниоцу не би дозволио да предлажу њихово издвајање, да расправљају о томе, износе разлоге и достављају или предлажу доказе у погледу овог доказа током поступка у целини. До кршења начела би довело иодсуство јасних, уверљивих и детаљних разлогау пресуди за одлучивањео предлогу за издвајање доказа.Ограничење за одбрану које произлази из поменутогправила може да се надомести ако,у случају да је жалба против пресуде изјављена у овом правцу, другостепени суд суштински разматра наводе одбране и образлаже своју одлуку. Остваривање начела зависи од околности случаја које показују однос суда према странкама у везиспорног питања законитости доказа, те да ли је због дискриминаторског односа суда учињен штетан ефекат по одбрану окривљеног. Осуђујућа пресуда мора да се заснива искључиво или у претежној мери на спорном доказу да би наступила штета по одбрану, осим када је реч о „непоправљивим” незаконитостима. Примедба се може сматратиоправданому погледу ефикасност поступка, јер јепитање недозвољених доказарешиво у фази припремног рочишта.

У погледу доказних предлога, сходно се примењују одредбе о одлучивању о доказним предлозима странака на главном претресу. За окривљеног је посебно значајно право да затражи помоћ суда за благовремено прибављање службених исправа и предмета који могу да му користе као доказ у прилог одбрани. Јавни тужилац, као државни орган, у фази истраге остварује службену комуникацију са државним органима у циљу прикупљања доказа и података. Најчешће ће поднети предлог суду за прибављање списка и исправа, када су у питању нови докази. Правило одражава нужност једнаког поступања према предлозима странака.

1.2. Право на ћутање и привилегија против самоинкриминације

Право на ћутање и привилегија против самоинкриминацијетемељна суправа окривљеног у кривичном поступку, уставна и законска права, прећутна права у оквиру права на правично суђење (члана 6 став 1 Конвенције), „општеприхваћени међународни стандарди“¹¹⁸¹. Заштитне су гаранције положаја окривљеног у поступку од злоупотребе власти употребом принуде. „Право на одбрану ћутањем је „право окривљеног да се вербално не изјашњава пред судом и другим државним органима, да не износи своју одбрану и не одговара на постављена питања“ и „елеменат привилегије против самооптуживања“¹¹⁸².

Европски суд за људска права сагледава њихово поштовање у оквиру поштовања претпоставке невиности, те у вези терета доказивања. Шабас дефинише да је „у блиској вези са теретом доказивања и идејом да окривљени не треба да доприноси нити учествује у достизању доказног прага“¹¹⁸³.

На припремном рочишту окривљени има право да оспорава оптужбу, али и да ништа не изјави, да се не изјасни о оптужби, право да не износи одбрану и да не одговара на постављена питања. Шкулић објашњава да је одбрана искључиво право окривљеног и да се

¹¹⁸¹ *John Murray v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 18731/91, Grand Chamber, 8 February 1996, para 45

¹¹⁸² В. Бајовић (2008), стр. 5 – 6.

¹¹⁸³ W. Schabas, стр. 300

она никада не може трансформисати у дужност, па стога и дужност правовремене доказне иницијативе има само онај оптужени који се *активно брани*.¹¹⁸⁴

Ешворт објашњава да је важна нормативна разлика између извођења „штетних закључака“ по окривљеног због неподношења доказа на суђењу, која није нескладна са претпоставком невиности, јер најпре тужилаштво мора да „установи случај“ да би се тражио одговор, и извођења штетних закључака због тога што окривљени не одговара на питање полиције односно истражних органа у раној фази поступка, управо зато што још увек нема „случаја“ против окривљеног, а разлика у „моћима“ полиције и осумњиченог може да буде значајна.¹¹⁸⁵

Пред Европским судом за људска права постављало се питање да ли постоје дозвољена ограничења права окривљеног на ћутање (*right to silence*) и привилегије против самоинкриминације/самооптуживања (*the privilege against self – incrimination*). Суд је истакао да право окривљеног да не инкриминише самог себе „претпоставља да тужилаштво у кривичном предмету настоји да докаже свој случај против оптуженог без прибегавања доказима прибављеним методама принуде или притиска упркос вољи оптуженог“. У том смислу, право је уско повезано са претпоставком невиности.¹¹⁸⁶ Право на претпоставку невиности и привилегију против самооптуживања не односе се на употребу материјала од окривљеног (узимање крви или узорака за ДНК анализу).¹¹⁸⁷

Од посебног значаја су разматрања да ли се из „ћутања“ окривљеног може извести негативан закључак по одбрану, о активирању дозвољеног ограничења окривљеног да се користи „ћутањем“ и мери ограничења. Европски суд за људска права испитивао је ограничења привилегије против самооптуживања. Јасна упозорења представљају нужан услов да би се евентуално могао донети негативан закључак о понашању окривљеног.¹¹⁸⁸ У случају *Condron v. The United Kingdom*, анализира се чему је разумно могло бити приписано ћутање да би се одредила тежина ћутања, те да прихватање објашњења окривљеног о ћутању повлачи да се не изводи штетан закључак.¹¹⁸⁹ Истиче се да је неспојиво са правом на ћутање да се осуда заснива искључиво или углавном на ћутању окривљеног, одбијању да да одговор на питања или да сам сведочи. У случајевима у којима порота одлучује о кривици ценећи доказе, важно је да је судија дао правилна упутства пороти о значају ћутања односно да ли ће из ћутања окривљеног да изведе штетан закључак.¹¹⁹⁰ Упутства пороти дата од стране професионалног судије заштитна су гаранција поштовања права на ћутање које је у „срцу правичног поступка“.

Из анализе у случају *John Marray v. The United Kingdom* може се извојити више ставова везаних за постојање ограничења: 1. очигледно је да ипак право не може и не треба да спречи да се ћутање окривљеног, у ситуацијама у којима се јасно тражи објашњење од њега, узме у обзир приликом процене уверљивости доказа које је изнело тужилаштво; 2. не може се рећи да одлука окривљеног да ћути током кривичног поступка нужно не би имала никакве импликације када првостепени суд жели да процени доказе против њега; 3. само ако

¹¹⁸⁴ Вид.: М. Шкулић (2007 а), стр. 972.

¹¹⁸⁵ А. Ashworth (2006 b), стр. 79.

¹¹⁸⁶ *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996, para 68

¹¹⁸⁷ Н. Сјерчић – Ћолић, стр. 124.

¹¹⁸⁸ *John Marray v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 18731/91, Grand Chamber, 8 February 1996

¹¹⁸⁹ *Condron v. The United Kingdom*, App. no.35718/97, 2 May 2000, final on 2/8/2000, para 61, 64

¹¹⁹⁰ *Condron v. The United Kingdom*, App. no.35718/97, 2 May 2000, final on 2/8/2000, para 66

докази против окривљеног "траже" објашњење које би окривљени требало да буде у позицији да да, недавање било каквог објашњења "може, на основу здравог разума, омогућити да се извуче закључак да нема објашњења и да је окривљени крив."¹¹⁹¹

Директива ЕУ 2016/343 у члану 7 даје општа упутства незаледећи дубље у дозвољена ограничења: 1. осумњичени и оптужени имају право на ћутање и да се не инкриминишу у вези са кривичним делом за које се сумњиче или су оптужени; 2. остваривање права да се не самоинкриминише не спречава надлежне државне органе да прикупљају доказе који се могу законито прибавити коришћењем законских овлашћења принуде и који постоје независно од воље осумњичених односно оптужених; 3. може се дозволити правосудним органима да узимају у обзир *кооперативно понашање* осумњичених и оптужених *приликом изрицања пресуде*; 4. *остваривање права на ћутање или да не инкриминишу себе не може се користити против њих и неће се сматрати доказом да су учинили одређено кривично дело.*

1.3. Изношење доказа

Прво усмено и непосредно изношење доказа странака пред судом везује се за фазу припремног рочишта. У теорији и пракси припремно рочиште препознаје се као адверзијални елемент у кривичном поступку који почива на томе да су странке унапред упознате са прикупљеним доказима.

Председник већа у складу са начелом једнакости „оружја“ треба да пружи странкама једнаку прилику да изнесу доказе које ће извести на главном претресу. Доктрина објашњава да је *ratio legis* омогућавање обостраног „отварања карата“ странака „у погледу њихове будуће планиране доказне активности на главном претресу.“¹¹⁹² У правној науци се овај циљ везује пре свега за адверзијалне поступке са наглашеном страначком улогом у извођењу доказа и за начело једнакости „оружја“, док се у континентално – европским системима наводи значај припремног рочишта *за увид суда* у доказне предлоге и боље планирање тока кривичног поступка.¹¹⁹³

Дужност председника већа да упозори обе странке да се *неће извести* они докази који су им били познати, али их без оправданог разлога на припремног рочишту нису предложили (члан 350 став 1 ЗКП), генерише дилемеу тумачењу. Законик најпре прописује недвосмислено упозорење у погледу последица пропуштања – „*неће се извести докази*“, а затим последицу понавља у делу регулисања одбијања доказних предлога формулацијом „председник већа *може одбити* доказни предлог“ (члан 395 став 4 тачка 1 ЗКП).

Предлагање нових доказа односи се на доказе које су странке сазнале након потврђивања оптужнице (члан 347 став 2 ЗКП), што је према мишљењу у литератури преуско формулисано.¹¹⁹⁴ У правној теорији упућују се примедбе смисла правила за оптуженог, због

¹¹⁹¹ *John Murray v. The United Kingdom*, ECtHR, 18731/91, Grand Chamber, 8 February 1996, para 46, 47, 51

¹¹⁹² М. Шкулић (2020 а), стр. 365; С. Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и реформа кривичног процесног законодавства Србије (норма и пракса)“, *НБП – Журнал за криминалистику и право*, 2015, стр. 42.

¹¹⁹³ D. Radulović, стр. 288.

¹¹⁹⁴ Истиче се примедба на формулацију одредбе и њену применљивост. „Искључују се и докази које је окривљени предложио јавном тужиоцу, а он није прихватио такав предлог, јер је и за те доказе окривљени знао пре потврђивања оптужнице.“ Вид.: В. Делибашић, „Припремно рочиште и уводно излагање“, *Бранич* 1–2/2019, стр. 18.

непостојања контрадикторног судског рочишта које претходи припремном рочишту на коме би био у прилици да изнесе доказе и због тешког утврђивања чињенице тренутка сазнања.¹¹⁹⁵

Поставља се питање да ли се уводи дужност откривања доказа, те као последицу повреде дужности, губитак права странке да предложи доказ односно немогућност извођења односног доказа. Не може се прихватити тумачење да постоји обавеза откривања одбране утврђена у адверзијалним системима (*disclosure of evidence*) нити обавезно наступање преклузије због неоткривања нових доказа.¹¹⁹⁶ Доктрина указује на подстицајни карактер одредбе, на намеру да се на одређени начин појача процесна дисциплина лица.¹¹⁹⁷ Овотумачење је у складу са основном функцијом припремног рочишта – ефикасност суђења. Изношење доказа одбране средство је за ефикасан кривични поступак. Опција је за одбрану ако оптужени одлучи да негира оптужбу односно њен део.

Јавниту жилац износи доказе који поткрепљују опис дела у оптужници у оквиру изношења оптужбе. Такође, за јавног тужиоца важи дужност непристрасности, која се реализује приликом подношења оптужническог поступка достављања у тужилачким списима и доказа који иду у корист оптуженог.

Поротна суђења карактерише стриктан рок за изношење доказа. Задоцњење је одлика адверзијалних система које „умањује шансе за утврђивање истине.“¹¹⁹⁸ Кривичним поступцима континентално – европског типа који се темеље на начелу материјалне истине нису својствени доказни рокови и ако се и за њих установљавају заштитне гаранције начела једнакости „оружја“.¹¹⁹⁹ Марковић објашњава да се „могу примити докази након истека рока за позивање окривљеног на доказе ако су важни за решење предмета.“¹²⁰⁰ У нашем ранијем законодавству и научним коментарима истицало се да „задоцњење, ма и намерно, није сметња да се доказ употреби.“¹²⁰¹ Дамашка примећује да иако је за то „отезање у страначким поступцима неких држава предвиђена забрана да се неправодобно откривен доказ употреби на расправи, ријетки су случајеви да суд посегне за преклузијом кад год постоји опасност да би она могла довести до неисправне пресуде.“¹²⁰²

Више разлога води закључку да преклузија није нужна последица повреде процесне дисциплине окривљеног. Први разлози су практичне природе. Председник већа неће

¹¹⁹⁵ Вид.: С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2016, стр. 106.

¹¹⁹⁶ У литератури се наводе примери оправданог разлога за касније подношење доказног предлога: „на припремном рочишту одбрана није ни имала потребу за тим доказом и није хтела непотребно да одуговлачи поступак“, „бранилац на припремном рочишту није био потпуно сигуран да ли тај доказ иде у корист или на штету његовог клијента“. Више о томе вид.: В. Делибашић (2019), стр. 19.

¹¹⁹⁷ Г. Илић *et al.*, стр. 790.

¹¹⁹⁸ Т. Weigend (2003), стр. 160.

¹¹⁹⁹ Закон о кривичном поступку Немачке утврђује забрану одбијања извођења доказа због закашњења изношења доказа или чињенице која се жели доказати (§ 246 StPO) истовремено прописујући гаранцију начела једнакости „оружја“. У случају закашњења изношења супротној страни имена сведока или вештака или чињенице која се има доказати, не може јој се онемогућити да има довољно времена да прикупи информације, због чега има право да тражи одлагање главног претреса. Исто и једнако право имају тужилаштво и оптужени када се сведоци или вештаци позивају по налогу председника већа или суда.

¹²⁰⁰ Вид.: Б. Марковић, стр. 274 – 275.

¹²⁰¹ Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 402.

Према Закону о кривичном поступку од 1976. године, члану 322 став 5, веће је увек могло да одлучи да се изведу докази који нису предложени или од којих је предлагач одустао. Поменуто правило садржао је и члан 304 став 5 Законика о кривичном поступку од 1953. године.

¹²⁰² М. Damaška (2007), стр. 9.

примењивати одредбу о одбијању доказног предлога, нарочито ако га сматра значајним за расправљање, пре свега због тога што окривљени има право да се позове на жалбени основ погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. Неће ризиковати да му се пресуда укине или да се одржи претрес пред другостепеним судом. У случају да је поднет благовремен доказни предлог одбране, некада ће и председник већа да сачека резултат извођења тужилачких доказа да би одлучио о предлогу. Не постоји препрека да се „касно“ подношење доказног предлога цени као једна од околности коју ће суд имати у виду приликом оцене доказа, ако се предлог усвоји.

Други разлог је нормативне природе. Не може се сматрати да се уводи дужност откривања доказа постављена у *common law* јурисдикцијама, јер се не одређује опсег откривања доказа одбране и не постоји паралелна истрага одбране. Осим тога, ЗКП дозвољава одржавање припремног рочишта ако је изостао уредно позвани окривљени који свој изостанак није оправдао уколико је присутан његов бранилац. Околност неоправданог изостанка има утицај на примену тежих мера за обезбеђење присуства окривљеног, ако окривљени и даље поступа противно својој процесној дужности. Међутим, одсуство „откривања“ одбране браниоца не може да има штетан ефекат за окривљеног. Суд треба да цени да ли је извођење неблаговремено предложеног доказа неопходно потребно да би се предмет доказивања свестрано распрасио (члан 15 став 4 ЗКП). Додатно, на главном претресу дужан је да по службеној дужности проверава одбрану (члан 397 став 4 ЗКП) и када је тужилаштво „изненађено“ доказима одбране. Бркић наводи да је решење нелогично јер странке могу и даље да предлажу нове доказе у жалби и у захтеву за понављање поступка, при чему се „не санкционише пропуштање жалиоца да наведе разлоге због којих нове доказе није раније износио.“¹²⁰³

Трећи разлог проналази се у упоредном законодавству. Адверзијални поступак карактеришу сложена правила о „откривању“ доказа. Кривични поступак у Великој Британији и САД одликује развој формулисања обавезе откривања доказа пре суђења (*prosecution disclosure, defence disclosure*). Чак и када би се прихватило да је једна од функција припремног рочишта „откривање“ доказа, непоштовање не би смело да предвиди немогућност извођења доказа као последицу. За наведени став аргументи се могу пронаћи у упоредном праву и међународном кривичном праву – *престрога санкција одбијања доказног предлога и непостојање дужности суда да изведе „супротан закључак“*.

У енглеском праву издвајале су се санкције за неоткривања доказа одбране: наступање преклузије у вези каснијег коришћења доказа одбране (одбијање прихватања доказа) и могућност извођења одређених закључака на штету одбране. Иако је 1967. године у Закон о казненој правди уведено правило о обавештењу о одбрани алибијем које је омогућавало судији да не допусти ову одбрану ако није испоштовано, судије нису често примењивале у пракси ову озбиљну несразмерну санкцију, те је у Закону о кривичном поступку и истрагама од 1996. године санкција промењена у могућност извођења закључака на штету окривљеног.¹²⁰⁴ Судија треба врло пажљиво да информише пороту да *није у обавези да извуче супротан закључак и да може да изабере* да то не учини.¹²⁰⁵

Дужност откривања нових доказа познају Федерална правила поступка (16 (ц)). Странка која дође до нових доказа или материјала подложних откривању и надзору према правилима, пре или у току суђења, мора одмах да открије њихово постојање другој страници

¹²⁰³ С. Бркић (2016), стр. 108.

¹²⁰⁴ А. Ashworth (2005), стр. 244 – 245.

¹²⁰⁵ Sir Philip Otton, стр. 329.

или суду, уколико је претходно друга странка тражила или је суд наредио њихово прибављање (*continuing duty to disclose*). Једна од карактеристика непоштовања наредбе суда о откривању у праву САД је последица у виду искључења доказа, те немогућности увођења у кривични поступак. Откривање тужилаштва има практичан посредни циљ који се огледа у *растерећењу судова*.¹²⁰⁶ Вероватније је да ће се окривљени који је крив нагодити са тужилашвом и изјаснити ако му тужилаштво открије „јак случај“.¹²⁰⁷

У теорији и пракси Хашког трибунала, везано за одбрану алибијем наглашава се да непоштовање правила изношења одбране алибијем на време не утиче на могућност одбране да се касније позове на доказе које поткрепљују алиби на суђењу, већ може имати утицај, зависности од околности конкретног случаја, на закључке судећег већа, односно на *кредибилитет* алибија.¹²⁰⁸

Пракса Хашког трибунала указује на различите начине за отклањање штетних последица по одбрану и санкције за повреду дужности откривања доказа од стране тужилаштва (нпр. одлагање изношења доказа тужилаштва, поновно позивање и дозвољавање одбрани да поново испитује сведока тужилаштва, покретање дисциплинског поступка), али се истиче да је искључивање доказа „последњи на крају“ скале која је доступна Већу, приликом решавања о штетним ефектима за припремање одбране.¹²⁰⁹

У регионалном законодавству проналазе се различита правила. Закон о казненем поступку Хрватске прописује упозорење странкама да *могу* да предложе нове доказе (члан 372 став 2 ЗКП). Различито од ранијег решења у погледу предлагања доказа, не прописује одбијање доказног предлога везаног за доказ за који су странка znale, али без оправданог разлога није предложен (члан 421 ЗКП Хрватске).¹²¹⁰ Законик о кривичном поступку Црне Горе прописује да странке, по правилу, након упозорења на припремном рочишту, морају да изнесу доказне предлоге, а да ће суд одбити предлоге под условом да странке не учине извесним да у време одржавања припремног рочишта нису znale/могле знати за одређене доказе или чињенице (члан 305 став 3). Међутим, Законик прописује начело истине.

Континентално – европско законодавство на страни јавног тужиоца установљава дужност непристрасности и право окривљеног и браниоца на разматрање списа и разгледања предмета (право на несметани увид у списе предмета) чијом реализацијом се откривају докази. У истрази су присутни контрадикторни елементи (право на обавештење и присуство доказним радњама).

Намера законодавца у погледу спорног правила очигледно је била да стимулише одбрану да изнесе доказне предлоге да би тужилаштво одустало од оптужбе или да би се указало суду на постојање трајних сметњи за гођење односно да се закључи споразум о

¹²⁰⁶ Могућност закључивања споразума о признању кривичног дела и могућност да председник већа обустави кривични поступак у овој фази услед одустанка јавног тужиоца од оптужбе и постојање трајних сметњи за вођење поступка, стимулативно треба да делују на окривљеног. Ипак изјашњење и изношење доказа само је опција за окривљеног. На овај начин, припремно рочиште посредно, путем интеракције странака може да постане „*филтер фаза*“ кривичног поступка.

¹²⁰⁷ W. J. Brennan Jr., стр. 2.

¹²⁰⁸ V. Tochilovsky, стр. 258 – 259.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, стр. 184 – 194.

¹²¹⁰ Закон о казненем поступку Хрватске раније је предвиђао да ће председник већа одбити извођење доказа за које су странке znale током припремног рочишта, али их без оправданог разлога нису предложиле. Уставни суд Хрватске ценећи уставност закона нашао је да ово решење „*угрожава право окривљеника да се брани на начин који сматра најповољнијим*“. Вид.: Š. Pavlović, стр. 801 – 802.

признању кривичног дела, а не да уведе обавезу откривања доказа на страни одбране. Изјашњење и изношење доказа ипак јесам опција за окривљеног. Припремно рочиште посредно, интеракцијом странака, може да постане „филтер фаза“ кривичног поступка.

„Скривање доказа“ из истраге у пракси има сасвим други вид. Окривљени и бранилац могу да укажу суду да постоји сумња да тужилаштво од суда „скрива доказе“ у прилог одбране.¹²¹¹ С обзиром на дужност непристрасности јавног тужиоца, изношење доказа пред суд не може се сматрати опцијом за јавног тужиоца.¹²¹²

1.4. Поступање председника већа по службеној дужности

Председник већа овлашћен је да поступа и мимо предлога и сагласности странака. Председник већа по службеној дужности надлежан је да: 1. издвоји записнике и обавештења у списима предмета (члан 346 став 5 ЗКП), 2. прибавинове доказе за главни претрес (члан 350 став 2 ЗКП); 3. обустави кривични поступак (члан 352 став 1 ЗКП).

Издавање доказа по службеној дужности и обустава кривичног поступка ређе је у овој фази поступка, јер је оптужница „прошла“ контролу ванпретресног већа. Ако постоји сумња у законитост доказа, најчешће ће о томе расправљати странке на главном претресу. Поступање суда по службеној дужности није у супротности са начелом једнакости „оружја“. Уколико председник већа донесе решење о издавању записника јавног тужиоца о предузимању доказне радње и обустави кривични поступак, окривљени нема правни интерес да изјави жалбу против решења. Остваривање овлашћења председника већа тада је у корист одбране, те се овлашћење суда може сврстати и у додатну заштитну гаранцију начела. Ипак,

¹²¹¹ Као пример материјала који тужилаштво не користи на суђењу („*unused material*“) наводе се отисци прстију прикупљени на лицу места, који се не подударају са отисцима осумњичених и изјаве очевидаца кривичног дела који су изјавили да не могу да препознају учиниоца. Вид.: Roger Leng, *The exchange of information and disclosure*, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002, стр. 209.

Европски суд за људска права налази да је услов правичности према члану 6 став 1 Конвенције, признат и у енглеском закону, да тужилаштво обелодани одбрани све материјалне доказе за и против окривљеног, те да је пропуст да се то учини довео до недостатка у судском поступку. Вид.: *Edwards v. The United Kingdom*, ECtHR, App.no. 13071/87, 16 December 1992, para 36

¹²¹² Замислимо је да се председник већа нађе у дилеми да ли да се, на предлог одбране, позове на одредбу члана 347 став 3 ЗКП да је потребно да се за припремно рочиште прибаве списи или исправе из тужилаштва, те да *наложи* да их заменик јавног тужиоца прибави ради испуњења дужности непристрасности. Законик не одређује последицу непоштовања дужности непристрасности (осим могућности подношења захтева за изузеће, те могућег изузећа). Поступање је свакако у складу са улогом суда у одржавању равнотеже између странака. Пре свега, члан 15 став 4 ЗКП – а, полазећи од начела правичности као темеља кривичног поступка, треба да се тумачи тако да обухвата налоге јавном тужиоцу да достави „скривене“ доказе у корист одбране.

Када се припремно рочиште одржава у скраћеном поступку (што је у пракси ређе), посебно је потребно да судија води рачуна у случају да окривљени нема браниоца да ли постоје индиције да су поједини докази „скривени“. Ако би се јавном тужиоцу оставила неограничена дискреција које ће доказе да достави суду, начелу једнакости „оружја“ би претила опасност да се озбиљно наруши остваривањем штетног ефекта по одбрану.

примарни циљ законодавца није био да заштити окривљеног од незаконитих доказа против окривљеног, већ да растерети суд.¹²¹³

Иако првенствена улога припремног рочишта није контролно – заштитна, неспорно је да председник већа има и улогу надзора над остваривањем основних права и слобода окривљеног у кривичном поступку током кривичног поступка у целини, чиме се успоставља равнотежа између интереса кривичног гоњења и основних права окривљеног. Уређењедоношења решења о обустави кривичног поступка стимулативно делује на „откривање“ одбране.

Спорно је правило о прибављању нових доказа за главни претрес. У судској пракси заузима се став да иако језичким тумачењем члана 15 став 4, у вези члана 350 став 2, члана 356 став 3 и члана 396 ЗКП, произилази да су "допунски" докази, исто што и "нови" докази, дакле да суд може по службеној дужности изводити нове доказе, исто треба да буде крајње рестриктивно, односно заиста "изузетно" (према члану 15 став 4 ЗКП), јер је то била интенција законодавца, да суд само изузетно "улази у арену".¹²¹⁴

Ако се има у виду основна функција припремног рочишта, очигледно је циљ који се жели постићи правилом „концентрација доказа“, да се председник већа упозна са свим доказима који ће се изводити на главном претресу. На припремном рочишту се не расправља о доказима, већ се издваја предмет расправљања. Странке и суд се упознају са доказима о којима ће странке расправљати на главном претресу. Ово решење неспорно се примењује случају прибављања исправа.

Прибављање исправа по службеној дужности изричито је регулисано одредбом чланом 139 став 2 ЗКП. Орган поступка надлежан је да прибави исправу на предлог странака или по службеној дужности. Правило из члана 350 став 2 ЗКП упућује на основну одредбу о поступању суда по службеној дужности. Узимајући у обзир крајње рестриктивно поступање суда по службеној дужности, председник већа по правилу треба прво да препусти странкама да предлажу доказе. Странке имају право дапредлажу доказе и на главном претресу.

Циљ ефикасностизахтева да се и докази који сеуносе у кривични поступак по службеној дужности суда прибаве претходно да би се странкама пружила једнака могућност да се боље припреме за суђење. Намера законодавца свакако није да се предмет путем налога јавном тужиоцу врати у фазу истраге и да се надокнаде пропусти јавног тужиоца у погледу прикупљања доказа у истрази. С друге стране, председник већа не може да примора путем налога окривљеног да достави доказе. Замисливо је у пракси да председник већа наложи јавном тужиоцу да достави суду „скривене“ доказе („нове“ за суд) позивајући се и на овоправило. У погледу осталих налога, улога председника већа треба да буде још рестриктивнија него на главном претресу, ако се узме у обзир елиминација начела истине и улога припремног рочишта. Поступање је нормирано у циљу да се омеђи и планира расправљање на главном претресу.¹²¹⁵ Захтеви начела једнакости „оружја“ поштују се на

¹²¹³ Јавни тужилац може да одлучи да одустане од кривичног гоњења након издвајања доказа на коме се у претежној мери заснивала оптужница. На овај начин припремно рочиште постаје „филтер“ фаза кривичног поступка.

¹²¹⁴ Правна схватања Посебних одељењаВишег суда у Београдуседница одржаних током децембра 2011. и јануара 2012. године (уочи почетка примене новог Законика о кривичном поступку), *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012, стр. 8.

¹²¹⁵ Законик о кривичном поступку Црне Горе утврђује улогу председника већа на припремном рочишту. Председник већа ће позвати на припремно рочиште по потреби и вештака и друга лица, ако сматра да је то

главном претресу стварањем једнаких могућности странкама да расправљају о доказима чије је извођење одређено по службеној дужности.

Одлучивање председника већа о притвору дозвољено је искључиво ако се притвор укида или мења блажом мером, у ком случају није дозвољено изјављивање жалбе (члан 351 ЗКП). Председник већа може и да се не сагласи са предлогом странака да се окривљеном укине притвор или замени блажом мером, иако је то у корист окривљеног. Није везан диспозицијом странака. У овом случају, имајући у виду да је поднет предлог за укидање притвора ван главног претреса, предмет треба дапроследи ванпретресном већу ради одлучивања.

2. Однос странака према оптужби

Током главног претреса однос странака према оптужби сагледавамо у три вида: 1. излагање оптужбе и изјашњење окривљеног; 2. уводна излагања; 3. завршне речи.

2.1. Излагање оптужбе и изјашњавање окривљеног

Оптужба се по правилу излаже тако што тужилац чита личне податке оптуженог, опис дела и законски назив кривичног дела с одредбама закона које се имају применити по предлогу тужиоца. По дозволи председника већа, тужилац може усмено да изложи садржај оптужбе (члан 391 став 1 ЗКП). Према терминологији која се користи у адверзијалном поступку, излагање оптужбе представља „изношење случаја тужиоца“ „Тужилачки случај“ у суштини представља налажење тужилаштва према прикупљеним доказима, како се одиграо критични догађај о коме ће странке да расправљају на главном претресу.

Сагласност суда са оптужбом (правноснажно решење о потврђивању оптужнице, односно заказивање главног претреса у скраћеном поступку), указује на претходни став суда да постоји оправдана сумња да је оптужени извршио кривично дело описано у оптужници.

Председник већа је дужан да провери да ли је оптужени разумео оптужбу. Ако се увери да је није разумео, поново ће му изложити њену садржину на начин најразумљивији за оптуженог (члан 392 став 1 тачка 1 ЗКП). Независно од чињенице да ли оптужени има браниоца на главном претресу, основ за остварење начела једнакости „оружја“ је да оптужени разуме диспозитив оптужбе. Подразумева да оптужени не изјави да је разумео оптужбу или да председник већа не изведе закључак на основу изјава и понашања оптуженог да оптужени није разумео оптужбу.¹²¹⁶

Оптужба мора да буде разумљива. Законик поставља овај захтев у основним правилима о поднесцима (члан 229 ЗКП). Иако се не понавља у делу у коме дерегулише формална исправност оптужнице и оптужног предлога, свакако веће/судија треба да цени да

потребно ради утврђивања будућег тока главног претреса и планирања извођења доказа на главном претресу (члан 305 став 1).

¹²¹⁶ Интервенцију председника већа траже ситуације када „окривљени ништа не изјави или његова изјава побуђује сумњу да има потребног разумевања“. Вид. Г. Илић *et al.*, стр. 948.

ли су обавезни елементи оптужнице, а посебно опис дела, разумљиви и складни.¹²¹⁷ Разумљивост треба ценити не само са аспекта разумљивости за судије професионалце, већ и за „просечног окривљеног“. Неразумевање оптужбе указује и на неспособност оптуженог да се успешно брани или, ако је реч о скраћеном кривичном поступку, да је потребно да се оптужени поучи о сиромашком праву (иако је за остваривање права потребан захтев сиромашног оптуженог).

Претходне провере нужне су да би се остварило право оптуженог да се изјасни о оптужби и да, ако жели да се изјасни (члан 392 став 1 тачка 2 ЗКП), одреди на који начин ће се изјаснити (признање у целини/делимично или негирање оптужбе). Овом законском формулацијом, упућеном на оптужбу, избегава се супротстављање претпоставци невиности, јер се не односи на изјашњење о кривици.¹²¹⁸ Садржај изјашњења оптуженог о оптужби нема утицај на редослед изношења одбране.¹²¹⁹ Председник већа проверава и да ли оптужени разуме значење, значај односно последице признања кривичног дела ради евентуалне потребе објашњења (члан 392 став 1 тачка 3 ЗКП).

2.1. Уводна излагања

Уводна излагања странака из члана 393 ЗКП износесе ако није дошло до изјашњења странака и предлагања доказа на припремном рочишту.¹²²⁰ Позивају се да изнесу уводна излагања тужилац, а затим бранилац или оптужени који се сам брани (члан 393 став 1 ЗКП). Полазећи од начела једнакости „оружја“ и циља уводних излагања, исправно је тумачење да се увек даје реч и окривљеном који има браниоца, што се примењује у судској пракси. Начело једнакости „оружја“ подразумева једнакост странака у изношењу свога случаја и пружање довољно могућности странкама да изнесу свој став у односу на оптужбу у целини и доказе. Због сумарног карактера уводних излагања, тужилац и оптужени имају право да у довољној мери за остварење сврхе уводних излагања изнесу свој став у односу на оптужбу.

Оптужени који има браниоца се не помиње, вероватно полазећи од тога да се оптужени већ изјаснио након излагања оптужбе. Ипак, формулација члана 392 став 1 ЗКП уопштена је. Подразумева изјашњење оптуженог „да ли жели да се изјасни о оптужби“, „да ли признаје да је учинио кривично дело за које је оптужен“. Ако није одржано припремно

¹²¹⁷ Разумљивост оптужног акта један од основних захтева правичног поступка. Судска пракса разумљивост суштински своди на оцену да ли оптужница садржи све што је потребно да би се по њој могло поступати и да ли је опис дела у сагласности са битним обележјима бића кривичног дела означених у диспозитиву оптужног акта.

¹²¹⁸ Примењује се да се у адверзијалном типу поступка почетак кривичног поступка пред судом начелно обележава „питањем које суд поставља окривљеном у погледу тога да ли се изјашњава као крив, или тврди да није крив“ што је „на неки начин, конструкција супротна дејству претпоставке невиности“. О томе: М. Шкулић (2020 b), стр. 432 – 433.

¹²¹⁹ Закон о казненом поступку Хрватске прави разлику у редоследу изношења одбране ако се окривљени изјаснио да је крив по свим тачкама оптужбе (члан 417 а став 1 ЗКП). У овом случају, председник већа ће га упутити да може одмах да изнесе одбрану. Ако се изјасни да се по свим или појединим тачкама оптужбе не сматра кривим, *испитаће се на завршетку доказног поступка*, осим ако не захтева другачије (члан 417 а став 5 ЗКП Хрватске).

¹²²⁰ Делибашић наводи разлоге који припремно рочиште чине сувишним насупрот уводним излагањима, те предлаже његово укидање и увођење обавезног уводног излагања. О томе: В. Делибашић (2019), стр. 21 – 23.

рочиште, потребно је да се оптужени, ако се изјаснио да оспорава оптужбу, изјасни прецизно да ли оспорава у целини оптужбу или део оптужбе и који део. Тачније, узимајући у обзир исту сврху припремног рочишта и уводних излагања (издвајање чињеничних и правних питања о којима ће се расправљати и предлагање доказа који ће странке изводити), најправилније је применити у делу правила о изјашњењу странака и предлагању доказана припремном рочишту (члан 349 и 350 ЗКП).

Тужилац је претходно приликом излагања оптужбе дао своје изјашњење о садржини диспозитива оптужнице, а оптужени се након тога изјаснио да ли признаје, оспорава оптужбу или користи своје право да ништа не изјави (тзв. „одбрана ћутањем“). С тим у вези се закључује да је тужиоцу „преостало“ да обавезно наведе доказе који поткрепљују оптужбу и предложи нове доказе, а оптуженом који део оптужбе евентуално оспорава, да кратко изнесе разлог и предложи доказе и нове доказе којима ће доказивати тачност својих тврдњи.

Бранилац такође има право да предлаже и кратко образлаже доказе. Доказни предлози странака и браниоцатреба да садрже чињенице које странке намеравају да доказују (образложење предлога односно доказа). На овај начин се издвајају спорне чињенице, докази који ће се извести на главном претресу, те правна питања о којима ће се расправљати, што је предмет уводних излагања према члану 393 став 2 ЗКП.

Не одређује се да ли тужилац има право да предложи кривичну санкцију у оквиру уводних излагања. На припремном рочишту тужилац има право да предложи изрицање одређене врсте и мере кривичне санкције (члан 349 став 1 ЗКП). Питање могуће кривичне санкције може секвалификовати као правно питање (правна последица учињеног дела), о коме се такође расправља и изводе докази.

Када је реч о уводним излагањима браниоца, у литератури се указивало да ће се већина уводних излагања састојати из три дела: теорије случаја, „приче“ и предлога пресуде.¹²²¹ Сугерише се да је пожељно уводну реч изговорити у форми интересантне приче која треба да буде као приказ филма.¹²²²

Замислива је ситуација да оптужени користи своје право да се брани „ћутањем“, а да током уводних излагања, иако је то у супротности са природом одбране, бранилац па чак и оптужени предлажу доказе. Овоје својеврстан вид злоупотребе права на одбрану или се из самих доказних предлога закључује да у суштини оптужени оспорава оптужбу и део који оспорава. Ипак, како се некада у пракси, када је реч о тежим кривичним делима, одбрана не износи истог дана када и уводна излагања, могуће је да оптужени одлучи да касније, изнесе своју одбрану. Нарочито у овим ситуацијама, председник већа ће одлучити накнадно о доказним предлозима (након што се изведу докази тужилашта).¹²²³

¹²²¹ Robert Lochary, *Trial Advocacy in Criminal Proceedings - Manual for Attorneys*, American Bar Association Rule of Law Initiative, Partners for Democratic Change Serbia, Belgrade 2013, стр. 15.

¹²²² З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, стр. 355.

¹²²³ Председник већа ће по правилу, како би спречио злоупотребу права односно одуговлачење кривичног поступка, сачекати да оптужени изнесе своју одбрану, извођење тужилачких доказа и унакрсно испитивање сведока оптужбе од стране одбране, па ће на основу изведених доказа накнадно одлучити о доказним предлозима. Поменуто не предстаља *a priori* кршење начела једнакости „оружја“, јер се не ради о генералном одбијању доказних предлога одбране. Поштовање начела сагледава се са аспекта кривичног поступка у целини. Председник већа дужан је да образложи одбијање доказа одбране, што се подробно образлаже у пресуди.

2.2. Изношење одбране и саслушање оптуженог

Право оптуженог на изношење одбране представља изношење случаја оптуженог пред суд. Оптужени у овој потфази доказног поступка објашњава свој претходни начелан однос према оптужби односно њеном делу. Испуњеност нормативног захтева једнакости „оружја“ у погледу односа према оптужби огледа се у уређењу управа оптуженог (члан 397 став 1 ЗКП). Оптужени се супротставља оптужби јавног тужиоца правом да се изјасни о свим околностима које му се стављају на терет. Има право да изнесе све чињенице које му иду у корист и своју одбрану. У нашој старијој литератури наводи се да се „испитивање окривљеног врши да му се ставе на знање оптужба и докази, да би могао да се брани од оптужбе и да би могао да побије доказе.“¹²²⁴ Према захтеву начела једнакости „оружја“ има право да износи чињенице у своју корист и доказе којима се поткрепљују под истим условима као што јавни тужилац излаже оптужбу и доказе на којима се темељи.

Оптужени се саслушава искључиво у својству окривљеног, што одражава концепцију о неспојивости кривично процесних функција прихваћену у нашем законодавству и судској пракси. Право окривљеног на ћутање и дужност сведока да говори истину међусобно се супротстављају. „У англосаксонском праву правило је да се окривљени уопште не саслушава на суђењу, али у случају да инсистира да се изјасни саслушава се као сведок у сопственом предмету што повлачи процесне последице саслушање под заклетвом, могућност кривичног одговарања за давање лажног исказа и овлашћење тужиоца да пороту упозна са његовим ранијим осудама.“¹²²⁵ У правној теорији се запажа да из правила о позитивној и негативној одбрани окривљеног у САД произлази ко сноси терет доказивања у односу на конкретне чињенице у кривичном поступку.¹²²⁶

Закони о кривичном поступку БиХ/Ф БиХ/ БД БиХ/РС прихватају адверзијалне елементе прописујући опцију за оптуженог да својом вољом одлучи да да исказ током доказног поступка у својству сведока (у ком случају оптужени као сведок не полаже заклетву, односно не даје изјаву) и да се о њеном коришћењу претходно консултује са браниоцем односно да суд процени да ли му је бранилац неопходан.¹²²⁷ О овом питању је у правној теорији изражено мишљење да је законским решењем угрожено право на одбрану и привилегија против самооптуживања, уз констатацију да је у много предмета оптужени саслушан као сведок.¹²²⁸ Пре увођења ове законске опције за оптуженог, судска пракса је заузела став: „Када у току главног претреса одбрана стави приједлог да оптужени свједочи у своју корист, оптужени ће се саслушати у својству свједока и бити испитан директно и унакрсно, уколико се добровољно одрекао права на шутњу и када одлучи дати информације у погледу чињеница и околности које се односе на предмет суђења“.¹²²⁹

Правила саслушања оптуженог, о праву на припрему одбране и редоследу постављања питања одражавају начело једнакости „оружја“. Након изношења одбране, оптуженом питања постављају најпре његов бранилац, а затим тужилац, те после њега председник већа и чланови већа, а затим оштећени или његов законски заступник и

¹²²⁴ Т. Васиљевић, стр. 293.

¹²²⁵ В. Бајовић, 2008, стр. 13.

¹²²⁶ О томе опширније: М. Шкулић (2019 б), стр. 239.

¹²²⁷ члан 259 став 2 ЗКП БиХ, члан 274 став 2 ЗКП Ф БиХ, члан 259 став 2 ЗКП БД БиХ, члан 274 став 2 ЗКП РС

¹²²⁸ Вид.: Х. Сијерчић – Чолић (2015), стр. 53 – 56.

¹²²⁹ Zaključak Opšte sjednice Suda Bosne i Hercegovine od 26.4.2005. godine, Stavovi Opšte sjednice Suda Bosne i Hercegovine, Sud Bosne i Hercegovine, Pregled sudske prakse 1/2005, стр. 4.

пуномоћник, саоптужени и његов бранилац, те вештак и стручни саветник (члан 398 став 1 ЗКП). Оптужени има право да се *саветује са својим браниоцем* уз ограничење права да не може да се договара са њим или са било којим другим лицем о томе како ће да одговори на већ постављено питање (члан 398 став 6 ЗКП). У циљу спречавања доказне опструкције, заштите дужности непристрасности стручног саветника и уједно уређења процесне равноправности странака утврђено је правило да је председник већа надлежан да предузме потребне мере у циљу да “спречи договарање сведока, вештака или стручног саветника са странкама, браниоцем, законским заступником или пуномоћником“ (члан 390 став 5 ЗКП).

Суд је надлежан да поставља питање оптуженом у циљу доприношења потпунијем или јаснијем одговору на претходно постављено питање од стране других учесника у поступку (члан 398 став 5 ЗКП). Темељ кривичног поступка је начело правичности, а елиминисано је начело истине, те сепримена овлашћења председника већа да поставља питања по редоследу и након постављеног питања учесника у поступку може тумачити као изузетна, а обим овлашћења уско –ради свестраног расправљања и бољег разјашњења постављеног питања.¹²³⁰ Доказивање се не односи на чињенице за које суд сматра да су важне за правилно пресуђење мимо иницијативе странака.

2.3. Завршне речи

На значај завршних речи сликовито упућује ЕСЈП у оцени основаности представке поднете због повреде права окривљеног да се брани уз правну помоћ по свом избору одбијањем одлагања рочишта услед немогућности приступа браниоца. Прилика да одбрана и тужилац изнесу своје завршне речи је „један од најважнијих видова рочишта за закључење главне расправе“, те „једина прилика да странке усмено изложе своје погледе на цео предмет и све доказе изведене током поступка те да дају своју оцену резултата кривичног поступка.“¹²³¹

У адверзијалним поступцима са поротним суђењима, завршне речи имају нарочит значај због далеко веће потребе бранилаца да објашњавају чињенице пороти сачињеној од „обичних грађана“. ¹²³² У нашој старијој литератури описује се важност завршних речи у поступку континенталног типа. „Главна битка се бије за време опсежних, документованих, ватрених и понекад уметничких говора странака или адвоката“. ¹²³³ Не односи се само на доказивање тезе него и на „апеловање на интуицију и осећања судија“. ¹²³⁴

Законик једнако прописује садржај страначких завршних речи које обухватају: оцену доказа, закључке о релевантним чињеницама, предлог примене кривичног и другог закона, изношење олакшавајућих и отежавајућих околности, предлог врсте и мере кривичне санкције (члан 413 став 1 и 3 ЗКП). Правила о редоследу завршних речи из члана 412 ЗКП (завршне

¹²³⁰ У хрватском законодавству налазимо на пример враћања инквизиционих овлашћења суда уз истовремено сужено овлашћења суда када је реч о испитивању окривљеног, што се у теорији тумачи да је садржај питања председника већа условљен садржајем претходних питања странака, у смислу *разјашњења нејасноћа* које су се појавиле услед страначког испитивања чиме је значајно ограничена могућност суда да утврђује чињенице које сматра важним за правилно пресуђење ствари. Вид.: Е. Ивичевић Карас (2015), стр. 94.

¹²³¹ *Hanževački protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 17182/07, 16. travanj 2009., пар. 25

¹²³² М. Шкулић (2019 а), стр. 29.

¹²³³ М. П. Чубински, стр. 463.

¹²³⁴ *Ibid.*, стр. 467.

речи странака и браниоца, тужилачки одговор на завршне речи одбране и освртање на те одговоре од стране одбране), те правило у корист оптуженог да му увек припада последња реч одражавају примену начела. За оцену доказа и правна питања нарочито је значајна улога браниоца, а када је реч о питањима оцене вештачења, посредна стручна помоћ стручног саветника.

Окривљеном мора да се пружи прилика да равноправно са јавним тужиоцем износи мишљење о резултатима извођења доказа на главном претресу и да изнесе аргументоване закључке, те да критикује мишљење, закључке и аргументацију тужиоца, која не сме да буде угрожена интересима ефикасности поступка. Доктрина налази да је формално временско ограничавање завршне речи адверзијални елемент кривичног поступка.¹²³⁵ Начело једнакости „оружја“ захтева једнаке услове за завршно изношење случаја странке (страначки докази, квалификације), те за критиковање законитости и веродостојности доказа противне странке, оцене, закључака и аргументације противне странке.

У погледу доношења пресуде на основу завршне речи тужиоца, у судској пракси се налази да су основани наводи одбране да „завршне речи не могу бити саставни део пресуде“ иако се не ради о „повреди закона апсолутног карактера која би довела до незаконитости саме пресуде“.¹²³⁶

3. Право странака на предлагање испитивања сведока и испитивање сведока

На главном претресу, начела једнакости „оружја“ и расправности треба да се остваре у пуном свом обиму. Испитивање сведока на главном претресу нарочито је значајан сегмент доказног поступка, централног дела главног претреса, за остваривање начела једнакости „оружја“. У директној је вези са доказивањем правнорелевантних чињеница у кривичном поступку, утицајем на исход кривичног поступка, реализацијом циља кривичног поступка, остваривањем права странака у типу кривичног поступка који прихвата одређени модел (начин) доказивања и улогом суда у погледу доказивања. Националним државама препушта се поље слободне процене у домену уређења испитивања сведока, што подразумева слободу да се одреде за активну страначку улогу (страначко позивање/предлагање и испитивање сведока) уз мању или већу улогу суда на суђењу или учешће странака у судском извођењу доказа („партиципативни модел“) искључиво у оквирима остваривања сврхе Конвенције и њеног тумачења.

Основне одлике уређења кривичног поступка према Законику о кривичном поступку су формално регулисање терета доказивање, страначко предлагање испитивања сведока и страначко испитивање сведока, елиминисање начела истине и лимитирање доказне улоге суда уз истовремено одређење да се увођењем адверзијалних елемената пруже нормативне гаранције за остваривање начела једнакости „оружја“. Законодавац упркос овој видљивој начелној тежњи да промовише начело једнакости „оружја“ увођењем адверзијалних елемената (главна и примарна страначка иницијатива за извођење доказа, право странака на испитивање сведока, основно, унакрсно и допунско испитивање, дозвољавање сугестивних питања сведоку у унакрсном испитивању), потврђеној аутентичним тумачењем и запаженој у правној науци, уједно утврђује правила која управо

¹²³⁵ М. Шкулић (2020 а), стр. 23.

¹²³⁶ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 255/20 од 27. маја 2020. године и Вишег суда у Београду К бр. 240/19 од 4. децембра 2019. године. Цитирано према: Садржај писмено израђене пресуде (члан 428 ЗКП), *Билтен Вишег суда у Београду*, број 91, Intermex, Београд 2020, стр. 49.

потенцијално генеришу повреде начела једнакости „оружја“ и противна су основном правилу адверзијалних поступака да се искази из неформалне истраге не могу користити на главном претресу нити се на њима може темељити пресуда.

Дозвољава се да суд заснује осуђујућу пресуду на исказима сведока обезбеђеним у истрази/фази доказних радњи пре оптужења („уознавање са садржином записника о исказима“ из члана 406 ЗКП), датим пред јавним тужиоцем, странком на главном претресу, што логички упућује на неједнак третман суда према странкама, јер суд не користи као доказ писане изјаве лица које су окривљени и његов бранилац прибавили током истраге и које имају само посредан доказни значај (поткрепљивање доказног предлога и провера веродостојности исказа сведока). Уједно, коришћење доказа из истраге издваја се као инквизиторски елемент у кривичном поступку којим се „широко одступа од начела непосредности у објективном смислу“¹²³⁷. Ако је окривљеном и његовом браниоцу законито или незаконито у овим фазама онемогућено да учествују у испитивању сведока оптужбе и преиспитују његов исказ, постоји опасност да се повреди начело једнакости „оружја“.

Поједина правила опстају (нпр. задржавање колузионе опасности у оквирима разлога за одређивање притвора и формално неограничавање трајања на главни претрес) и утврђују се одређена правила (овлашћења председника већа да супсидијерно интервенише у испитивању сведока постављањем питања, претходно слободно исказивање сведока о предмету сведочења) иако су у колизији са наглашавањем промовисања начела једнакости „оружја“ у контексту адверзијалне конструкције главног претреса.

Подела сведока на „сведоке оптужбе“ и „сведоке одбране“ резултат је развоја улоге пороте у Енглеској. Порота је најпре одлучивала о кривици окривљеног на основу сопствених сазнања, а затим су судије почеле да дозвољавају странкама да зову сведоке да испричају пороти шта се догодило, у ситуацији када порота није имала сазнања о догађају.¹²³⁸

Европска конвенција о људским правима и основним слободама не утврђује право странака да позивају сведоке, што је карактеристика адверзијалног модела поступка, већ признаје одлике правних система у којима је суд дужан да у кривичном поступку истинито и у потпуности утврди чињенице. Право странака на предлагање извођења доказа испитивањем сведока и право на испитивање сведока на суђењу, подразумева дужност суда да обезбеди присуство сведока. Ова права странака, у њиховој корелацији са дужности суда важна су ради испуњења захтева правичности.¹²³⁹ Обезбеђењем да окривљени права остварује лично или преко браниоца поштује се начело једнакости „оружја“. Окривљеном се даје „оружје“ испитивања сведока одбране и оптужбе, које може да употреби против доказа тужиоца.

Устав Републике Србије у члану 33 став 5 гарантује окривљеном право да: 1. износи доказе у своју корист; 2. испитује сведоке оптужбе; 3. захтева да се, под истим условима као

¹²³⁷ О томе: М. Шкулић (2020 а), стр. 25.

¹²³⁸ J. R. Spencer (2002 а), стр.8.

¹²³⁹ Испитивање сведока на суђењу, лично, у вези је и са начелима непосредности и истине. У правном систему Немачке, који се темељи на начелу непосредности и истине, обавеза суда да позива сведока „који је способан да да директан исказ о случају“ произлази и из дужности суда да предузме све што је могуће да би утврдио истину. Вид.: J. R. Spencer,(2002 b),стр. 619.

сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране.¹²⁴⁰ Исту формулацију, у делу права окривљеног, садржи члан 68 став 1 тачка 10 ЗКП.

Испитивање сведока на главном претресу регулисано је на адверзијалан начин, што значи да је, с једне стране, реч о доказној активности која примарно припада странкама, док је, с друге стране, редослед постављања питања сведоку формално уређен зависно од тога која је странка прва предложила испитивање конкретног сведока.¹²⁴¹ Начелно странке прибављају доказе, предлажу доказе и изводе доказе на главном претресу, те тако сnose ризик своје процесне неактивности.¹²⁴² Основне одредбе Законика о кривичном поступку утврђују претпоставку невиности и прописују правило о терету доказивања на страни тужиоца, али окривљенина основу законског права да прикупља доказе у своју корист практично доказује постојање чињеница које му иду у прилог.

Подела сведока на “сведоке оптужбе“ и “сведоке одбране“ значајна је новина у Уставу, јер такве поделе у нашем кривичном процесном праву није било, већ је важио принцип *аквизиције доказа*, тако да су се сви докази сматрали тековином кривичног поступка, без обзира на то ко их је унео у поступак, тј. предложио њихово извођење.¹²⁴³ Основне критике испитивања сведока од стране суда су: 1. „ризик компромитовања неутралности судије“ и 2. могућност да је некада такво испитивање штетно за окривљеног, „који сматра да је лишен могућности да напада делотворно сведоке оптужбе.“¹²⁴⁴ С друге стране, у литератури сликовито се примећује да изузетно слабо учешће странака у суђењу доводи до негативних последица.¹²⁴⁵

Минимална права окривљеног на одбрану у вези испитивања сведока оптужбе као инкриминишућег доказа предвиђена су одредбом члана 6 став 3 тачка (д) Конвенције. Прво, право окривљеног да испитује сведоке оптужбе (“*сведоке против себе*“ – „*witnesses against him*“) или да постигне да се они испитају (право да тражи испитивање сведока оптужбе).¹²⁴⁶

¹²⁴⁰ Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 важио је у време примене Законика о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, број 70/2001, 68/2002, *Службени гласник РС*, бр.58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. Закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон. Законик је прописивао у одредби члана 331 став 1 да: 1. председник већа саслушава сведока и вештака; 2. странке и бранилац имају право да постављају питања после чланова већа; 3. странке и бранилац имају право да непосредно постављају питања сведоцима и вештацима тек након одобрења председника већа. Није био усклађен са Уставом. Тек законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од септембра 2009. године, *Службени гласник РС* 72/2009–36, странка која је предложила сведока и вештака прва непосредно поставља питања, затим супротна странка, па председник и чланови већа, ако се странке не сагласе о друкчијем редоследу.

¹²⁴¹ З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, стр. 333.

¹²⁴² Према Закону о кривичном поступку Немачке, председник већа изводи доказе. Примарно саслушава сведоке и вештаке које су предложиле странке. Страначко испитивање сведока и вештака (основно, унакрсно) условљено је сагласном вољом тужилаштва и браниоца. Председник већа дужан је да тужилаштву и браниоцу препусти испитивање на њихове сагласне захтеве, али је дужан и да након њиховог испитивања постави питања за која сматра да су битна за даље разјашњење предмета (§ 239StPO).

¹²⁴³ М. Грубач (2007), стр. 389.

¹²⁴⁴ J. R. Spencer (2002 b), стр. 629.

¹²⁴⁵ Страначко испитивање сведока и вештака у Немачкој дозвољено је ако постоји сагласан захтев тужиоца и браниоца, али се ретко примењује. „Често се тужилац који је водио истрагу не појављује, а представља га колега који случајно има слободно време, те је мање упознат са предметом. Пракса показује да се неки браниоци повремено појављују без адекватног проучавања својих предмета.“ Вид.: Hans – Heinrich Jescheck, „Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law“, *Virginia Law Review*, Vol. 56, No. 2/1970, стр. 249.

¹²⁴⁶ Поменуто правило обухваћено је конфронтационом клаузулом (*Confrontation Clause*) која је саставни део Шестог амандмана Устава САД.

Друго, право да се обезбеди присуство и саслушање сведока одбране („сведока у његову корист“ – „*witnesses on his behalf*“) под истим условима који важе за сведоке оптужбе.

У правној теорији примећивало се да из саме формулације произлази да се „англоамерички систем и европскоконтинентални систем за испитивање сведока чине подједнако легитимним“.¹²⁴⁷ Ако је предуслов за правично суђење учешће оптуженог у њему, адверзијалне и инквизиторне методе су подједнако легитимне, али заговорници адверзијалног модела суђења хвале његов нагласак на учешћу и контроли странака.¹²⁴⁸

Услов из члана 6 став 3 тачка (д) Конвенције задовољава се било да је прилика дата у фази која претходи суђењу или на суђењу.¹²⁴⁹ Суд указује на обавезу националних судова да се побрину да сведоци буду саслушани у некој фази поступка, ако је то потребно за свеукупну правичност поступка (*overall fairness of the proceedings*).¹²⁵⁰

Сегменти минималног права окривљеног из члана 6 став 3 (д) Конвенције (право на испитивање сведока одбране под истим условима као оптужбе и могућност да се у сваком тренутку испитују или захтевају да се испитују сведоци оптужбе) алудирају, најпре на потребу да се гарантује начело једнакости „оружја“ и поштовање расправног начела када се испитују сведоци и чине начело једнакости оружја ефективним.¹²⁵¹

Суд у случају *Bricmont v Belgium*, испитује да ли постоји повреда члана 6 Конвенције у целини у вези са немогућношћу да се обезбеди суочење, те да ли постоји повреда члана 6 став 1 и члана 6 став 3 (д) у вези са правом на испитивање сведока.¹²⁵² Основни циљ члана 6 став 3(д) је „под истим условима“ пуна „једнакост оружја“ у одређеном случају, али концепт једнакости „оружја“ не исцрпљује садржај члана 6 став 3 (д), нити став 1 истог члана.¹²⁵³

Јавни тужилац има право да испитује сведоке оптужбе (основно испитивање) и сведоке одбране (унакрсно испитивање).¹²⁵⁴ Право окривљеног да испита сведоке нормирано је уз заштитна средства (претходне поуке) и предуслове за остваривање овог права (право на присуство и право на једнаке услове приликом испитивања). Окривљеном се прописивањем права на заштитна и једнака средства даје равноправан положај према јавном тужиоцу.

¹²⁴⁷ Ђ. Лазин (2008), стр. 47.

¹²⁴⁸ Jenny Mcewan, „Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial”, *The Trial on Trial—Volume 1—Truth and Due Process* (eds. Antony Duff et al.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2004, стр. 56.

¹²⁴⁹ J. R. Spencer, „European Convention and the Rules of Criminal Procedure and Evidence in England”, *The Human Rights Act and the Criminal Justice and Regulatory Process* (ed. Jack Beatson), Hart Publishing, Oxford 1999, стр. 61.

¹²⁵⁰ *Laukkanen and Manninen v. Finland*, ECtHR, App. no. 50230/99, 3 February 2004, final on 3/5/2004, para 38

¹²⁵¹ Arangüena Fanego Coral, „Requirements in Relation to Witness Examination under Article 6.3 d) ECHR”, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012, стр. 285, 295.

¹²⁵² *Bricmont v Belgium*, ECtHR, App. no. 10857/84, 7 July 1989, para 86, 89

¹²⁵³ *Solakov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, ECtHR, App. no. 47023/99, 31 October 2001, final on 31/1/2002, para 57

¹²⁵⁴ Законодавац се у значењу израза у члану 2 став 1 тачка 21 ЗКП определио да дефинише „основно испитивање“ као постављање питања сведоку, вештаку или другом испитиваном лицу од стране странке, браниоца или оштећеног који је предложио испитивање. „Унакрсно испитивање“ се у члану 2 став 1 тачка 22 ЗКП одређује као постављање питања наведеним лицима од стране супротне странке или оштећеног, које се предузима после основног испитивања.

3.1. Облици повреде права

Повреда права на позивање и испитивање сведока јавља се у пракси суда у различитим облицима у овој фази: спречавање могућности увида у спис предмета, „утаја“ података корисних за одбрану од стране органа гоњења и „повлашћивање“ појединих сведока.¹²⁵⁵ Суђење у складу са начелом једнакости „оружја“ захтева потпун приступ свим информацијама пре отварања суђења и да свака страна може да зна и да приговара доказима која је поднела друга страна.¹²⁵⁶ Доктрина класификује два међусобно повезана облика повреде начела једнакости „оружја“: неједнакост у остваривању права на приступ информацијама и у суделовању у поступку, односно у предузимању процесних радњи.¹²⁵⁷

Закон о кривичном поступку Немачке предвиђа остваривање начела једнакости „оружја“ у виду „саопштавања имена сведока и вештака“ у случају позивања сведока и вештака од стране суда и од стране тужилаштва и оптуженог.¹²⁵⁸

Примери другог вида повреде су пре свега одбијање доказног предлога окривљеног без образложења/уз паушално образложење нарочито у условима прихватања свих доказних предлога тужиоца, одбијање доказног предлога окривљеног на исту околност за коју је усвојен предлог тужиоца, непружање прилике окривљеном да поставља питања сведоку оптужбе или да му непосредно поставља питања у условима дозвољавања тужиоцу када је реч о сведоцима одбране. Пример нормативног давања предности тужиоцу истицан у нашој правној теорији је одбијање сведока да сведочи без законског разлога (члан 406 став 1 тачка 4 ЗКП).¹²⁵⁹

Ускраћивање права одбрани да сазна за податке који могу да буду од користи приликом испитивања сведока оптужбе, у вези је и са пружањем адекватне и довољне прилике одбрани да испита сведока одбране, чиме се окривљени може довести у подређен положај у односу на јавног тужиоца.

У случају *Edwards v United Kingdom* подносилац представке истицао је повреду члана 6 став 3 тачка д) и да није био равноправан са тужилаштом, тврдећи да му није дата прилика да у унакрсном испитивању оспори веродостојност исказа полицајца који је позван као сведок, јер му није откривена информација да оштећена није препознала окривљеног током полицијске истраге нити да су на лицу места пронађени отисци који одговарају комшији.¹²⁶⁰ Подносиоцу представке биле су касније откривене ове информације, па је све то истицао пред апелационим судом, што је другостепени суд ценио у својој одлуци којом је одбио жалбу. Међутим, истицао је даље да му је повређено право на правично суђење и пред

¹²⁵⁵ М. Грубач (2007), стр. 392.

¹²⁵⁶ Lorena Bachmaier, Antonio del Moral Garcia, „Part II. Criminal Procedure”, *Spain, International Encyclopaedia for Criminal Law* (eds. Frank Verbruggen, Vanessa Franssen, Roger Blanpain), Kluwer Law International BV, Netherlands, Suppl. 46, 2012, стр. 231., доступно на <https://www.kluwerlawonline.com>, приступљено 12. маја 2019.

¹²⁵⁷ Е. Ивићевић Карас (2007 b), стр. 1000.

¹²⁵⁸ У § 222 StPO Немачке утврђено је да ако суд позива сведоке, или вештаке дужан је и тужилаштво и оптуженом благовремено да саопшти њихова имена и да наведе њихово пребивалиште односно боравиште. Ако их тужилаштво непосредно позива, дужно је да и суду и оптуженом благовремено саопшти њихова имена и да наведе њихово пребивалиште односно боравиште. У случају да непосредно позива оптужени, дужан је да и суду и тужилаштво саопшти њихова имена и да наведе њихово пребивалиште односно боравиште.

¹²⁵⁹ О томе: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 125 – 126.

¹²⁶⁰ *Edwards v United Kingdom*, ECtHR, App.no. 13071/87, 16 December 1992

другостепеним судом, с обзиром на то да нису позвани полицајци ради саслушања. Суд је ценио да подносилац представке није искористио своје право да тражи од апелационог суда испитивање полицајца нити прибављања релевантних извештаја, па да није повређен члана 6 Конвенције у целини. Постојало је и издвојено мишљење да је апелациони суд требао да врати предмет на поновни поступак, јер „како је могао узети за готово да то не би утицало на пороту“.

3.2. Појам сведока

Законик о кривичном поступку дефинише да је сведок лице за које је вероватно да ће да да обавештења у погледу кривичног дела, учиниоца или других чињеница које се утврђују у поступку (члан 91 ЗКП). У правној науци и судској пракси наглашава се начелна забрана стицаја процесних функција, што је противно могућности у адверзијалном типу поступка да окривљени *може* да буде сведок на сопственом суђењу („сведок у сопственој ствари“) и да се тада примењују правила испитивања сведока, чиме се не залази у право окривљеног да ускрати изјаву и одговоре на било које постављено питање. Закључује се да је „једна од најважнијих одлука браниоца“ да се сагласи да се оптужени испита као сведок или да сам то предложи, што је практично често повезано са „ризиком у односу на доказни ефекат таквог исказа, односно на његов утицај на пороту“.¹²⁶¹ Пример стицаја процесних функција запажамо у кривичним поступку Босне и Херцеговине, у којем су усвојени бројни адверзијални елементи. Одроз монофункционалности у кривичном поступку видљив је у могућности да се на главном претресу упозна са садржином записника о исказима саоптужених/већ осуђених саучесника у кривичном делу, када се кривични поступак према саоптуженом раздвоји или оконча правноснажном осуђујућом пресудом (члан 406 став 1 тачка 5 ЗКП). Извесне корекције дејства овог изузетка тумачењем је пружила судска пракса одражавајући интерес очувања начела једнакости „оружја“, позивајући се у извесној мери на смернице и „тестове“ утврђивања повреда права на правично суђење ЕСЈП.

Појам „сведок“ у ЕКЈП тумачи се аутономно. Тако се у случају *Isgrò v. Italy*, наводи да је сведок и лице чије су изјаве узели у обзир национални судови и које су прочитане на суђењу.¹²⁶² У поменутом случају суочење је било предузето пред истражним судијом, па је подносилац представке могао да поставља питања лицу и да дискутује о његовим изјавама, а његов адвокат присутан на суђењу био је упознат са изјавама лица и његовим идентитетом и могао је да оспорава тачност дате изјаве.¹²⁶³

Суд у случају *Kaste and Mathisen v. Norway* истиче да ако изјаве могу да послуже у значајној мери као основ за осуђујућу пресуду, без обзира да ли потичу од сведока у строгом смислу речи или од стране саокривљеног, представљају доказ тужилаштва на који се примењују гаранције предвиђене члана 6 став 1 и 3 (д) Конвенције.¹²⁶⁴ У поменутом примеру исказ саокривљеног дат пред полицијом без присуства саокривљених био је оцењен као круцијалан доказ – „садржао је конкретне оптужбе против другог подносиоца представке, описујући како се бавио пошиљком дроге и стварна сазнања о врсти дроге“. Пред вишим судом на расправи користио је право на ћутање, па је његов исказ дат у полицији прочитан

¹²⁶¹ М. Шкулић (2019 а), стр. 21.

¹²⁶² *Isgrò v. Italy*, ECtHR, App. no. 11339/85, 19 February 1991, para 33

¹²⁶³ para 35 – 36

¹²⁶⁴ *Kaste and Mathisen v. Norway*, ECtHR, App. nos. 18885/04 and 21166/04, 9 November 2006, final on 9/2/2007, para 53

на предлог тужилаштва. „Суд није уверен да када би окривљеном била дата прилика да испитује саокривљеног директно, то не би било помирљиво са правом саокривљеног да не одговори на она питања која би га изложила кривичном гоњењу“.¹²⁶⁵ У конкретном случају саокривљени је изјавио жалбу искључиво у погледу одлуке о казни.

Препорука Савета Европе о застрашивању сведока и правима одбране од 10. септембра 1997. године дефинише да појам "сведок" означава „било коју особу, *независно од његовог/њеног статуса* у националном кривичном процесном праву, која поседује битне информације за кривични поступак“, а дефиниција обухвата стручна лица (експерте, вештаке) као и тумаче. Препорука Савета Европе о заштити сведока и сарадника правосуђа¹²⁶⁶ од 20. априла 2005. године садржи детаљније значење појма „сведок“. Сведок је лице које је дало и/или је у могућности да да исказ, без обзира на његов/њен статус и на непосредну или посредну, усмену или писмену форму сведочења, у складу са националним законом.

Положај саокривљеног као сведока прихваћен је у адверзијалном моделу поступка у случају активне одбране. Ако окривљени „инсистира“ на давању исказа, испитује се као сведок у сопственом предмету и има положај идентичан положају сведока, што значи да је дужан да положи заклетву и да говори истину, јер у супротном може да одговара за давање лажног исказа.¹²⁶⁷ Тада окривљени може и да се дискредитује као сведок. Тужилац је овлашћен да пороту упозна са његовим ранијим осудама, што је легитиман начин за дискредитацију „супарничког“ сведока у очима поротника.¹²⁶⁸

Сведочки карактер изјаве окривљеног у односу на инкриминисане радње саокривљеног видљив је у делу регулисања положаја процесног субјекта окривљеног сарадника. Закоником о кривичном поступку прописане су његове сведочке дужности: да говори истину, да не сме ништа да прећути, да давање лажног исказа представља кривично дело, да положи заклетву.

На главном претресу, према члану 399 ЗКП, оптужени има право да присуствује саслушању саоптужених који касније износе одбрану, да се изјасни поводом њихових исказа и да им поставља питања. Саоптужени се могу и суочити. Права су у складу захтевом начела расправности у кривичном поступку да се сви докази могу оспоравати на главном претресу. Окривљени током саслушања, за разлику од сведока, ужива додатну заштиту на основу члана 398 став 3 ЗКП који упућује на члан 86 став 3 ЗКП. Без обзира да ли му постављају питања бранилац или тужилац и независно од садржаја одбране, забрањено је постављање сугестивног питања или одговор на постављено сугестивно питање.

Приметно је да се у пракси саоптужени често опредељују да дају исказ против других саоптужених. Тада њихов исказ, с аспекта начела једнакости „оружја“, добија суштински карактер тужилачког доказа против других окривљених, на којима суд може да заснује пресуду. Неретко јавни тужилац темељи оптужницу против једног од окривљених на исказу саокривљеног из истраге, наводећи његов исказ као доказ оптужбе.

¹²⁶⁵ пара 52

¹²⁶⁶ CM/Rec No. R (2005) 9 *on the protection of witnesses and collaborators of justice*, 20 April 2005

¹²⁶⁷ Вања Бајовић, „Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/17, стр. 718.

¹²⁶⁸ В. Бајовић (2008), стр. 13.

3.3. Право субјеката у страначким функцијама основно испитивање сведока

Право да се осигура присуство и испитивање сведока одбране под истим условима као и сведока оптужбе, упућује и на једнакост „оружја“, показујући испреплетеност конфронтацијског права и начела једнакости оружја, те начела контрадикторности.¹²⁶⁹

Пракса ЕСЈП изнедрила је више принципа у случајевима позивања подносилаца представки на повреду права на одбрану јер им није омогућено да постигну да се обезбеди присуство и испитивање сведока одбране. Право окривљеног да обезбеди појављивање свог сведока на суду није апсолутно односно неограничено право, већ је на националним судовима да одлуче да ли је потребно или препоручљиво да се саслуша одређени сведок. Национални судови имају дискреционо право да цене релевантност доказа које окривљени захтевају да изнесу.¹²⁷⁰ Поменуто се односи на кривични поступак у целини, како на суђење пред првостепеним судом, тако и на другостепени поступак. „Недостаџи који су проузроковани“ у погледу овог права одбрани током првостепеног поступка, могу да се „ублаже“ тако што ће се одбрани накнадно пружити прилика да своје право остваре.¹²⁷¹ Било које ограничење права мора да буде у сагласности са начелом једнакости „оружја“.¹²⁷²

Право на испитивање сведока одбране, у најширем смислу, под истим условима као сведока оптужбе остварује се у фазама. Рашчлањиво је на право одбране на предлагање доказа и одлучивање о доказном предлогу, те да се обезбеди присуство сведока (право окривљеног на предузимање мера за обезбеђење присуства сведока) и право на основно испитивање сведока. Суд је најпре дужан да одлучује о доказним предлозима одбране на исти начин као и о доказним предлозима оптужбе, затим да упућује позив сведоку у корист окривљеног и предузима друге мере да обезбеди његово присуство под истим условима као и сведоку против окривљеног (право да се обезбеди присуство сведока одбране), те напослетку да обезбеди основно испитивање сведока.

3.3.1. Поступак предлагања извођења доказа

Одлучивање о предлогу под „једнаким условима“ у складу са захтевима начела једнакости „оружја“ подразумева: 1. постојање за обе странке једнаких правила за

¹²⁶⁹ Marin Mrčela, Ivana Bilušić, “Konfrontacijska mjerila“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (Zagreb), vol. 23, 2/2016, стр. 376.

¹²⁷⁰ *Solakov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, ECtHR, App. no. 47023/99, 31 October 2001, final on 31/1/2002, para 57

¹²⁷¹ У случају *Laukkanen and Manninen v. Finland*, била је спорна „утаја података“ јавног тужиоца (неоткривање идентитета потенцијалних сведока окривљенима) заједно са повредом права да се обезбеди присуство сведока одбране и да се исти саслушају. Јавном тужиоцу је био познат идентитет службених лица (у односу на која се одбрана позивала да њихово присуство као сведока није обезбеђено), са њима је неслужбено обављен разговор и јавни тужилац је проценио да немају релевантна сазнања у погледу предметног догађаја и да нису очевици. Апелациони суд позвао је подносиоце представки да коментаришу наводе тужиоца, дате поводом њихове жалбе, у којима су откривени идентитети двојице полицајаца и објашњен садржај неформалног разговора између њих и тужиоца. Међутим, „одбрана није навела у доказним предлозима шта су намеравали да докажу предложеним доказима сведока и како би ти докази могли бити релевантни за исход случаја“. Вид.: *Laukkanen and Manninen v. Finland*, ECtHR, App. no. 50230/99, 3 February 2004, final on 3/5/2004, para 36

Пресуда је заснована на исказу полицијског службеника очевица чијем саслушању су били присутни окривљени и могли су да му постављају питања.

¹²⁷² D. Harris *et al.*, стр. 322.

одлучивање о предлогу и 2. образложење одлуке о одбијању доказног предлога – разлози којима се суд руководио.

Поступак предлагања извођења доказа испитивањем сведока, као и извођења било ког другог доказа, уређен чланом 395 ЗКП, једнак је за обе странке и браниоца. Уместо прибављања и „презентације“ страначких доказана коју се надовезује страначко испитивање сведока, основних одлика адверзијалног америчког кривичног поступка, окривљени и његов бранилац могу да предложе суду сведока за кога верују да ће дати исказ на главном претресу који иде у прилог одбрани, под истим условима који су дати јавном тужиоцу да предложи испитивање сведока за кога сматра да ће његов исказ поткрепити наводе оптужбе. Суд је овлашћен да одбије доказни предлог одбране. Његова доказна иницијатива је крајње рестриктивна, условљена начелним формалним захтевима и ограничењима из члана 15 став 4 ЗКП, на основу којих се, уз констатацију елиминације начела истине, тумачи забрана активне доказне улоге суда. Примарно, доказна иницијатива је право странака. Запажа се да је у циљу правичног суђења важно да окривљени има правну помоћ ради предлагања доказа и унакрсног испитивања, како не би био „ускраћен за утврђивање чињеница које су за њега релевантне, односно које су релевантне за примену оне норме која је њему у интересу“.¹²⁷³ Такође се примећује да ова права неће одбрана морати да користи ако је „евидентно да тужилац неће успети да докаже своје тврдње“.¹²⁷⁴

Иако је Закоником предвиђено да „суд изводи доказе“ на основу предлога странака, „чини се да суд ипак нема такву дужност“ у прилог чему говори одсуство последице за одбијање страначког доказног предлога и непостојање процесног механизма „којим би се суд „принудио“ да поступи у складу са страначком доказном иницијативом“.¹²⁷⁵

Европски суд за људска права указује да нарушавање начела једнакости „оружја“ остварује ефекат на прикупљање и извођење доказа. У случају *Borisova v. Bulgaria*, ЕСЉП налази да је тужилаштво имало „неправичну предност“ у односу наокривљеног, да сеприпреми за саслушање и пронађесведоке који ће подржати његову одбрану, те да као резултат тога, искази сведока које је саслушао национални суд могу изгледати једнострано и подржавати само верзију догађаја оптужбе.¹²⁷⁶

Предлог за извођење доказа испитивањем сведока осим података о сведоку, неопходних за позивање сведока, треба да садржи и образложење.¹²⁷⁷ У предлогу треба да се наведе због чега је важно да се саслушају сведоци, а њихови искази морају бити *неопходни за*

¹²⁷³ Т. Бугарски, „Испитивање сведока“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2013, стр. 133.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 129.

¹²⁷⁶ *Borisova v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 56891/00, 21 December 2006, final on 21/3/2007, para 48

¹²⁷⁷ Тумачећи одредбу члана 350 став 1 ЗКП у целости, те као део нормативног оквира одлучивања о доказним предлозима, можемо закључити да је основни елемент доказног предлога образложење. Ако доказни предлог не садржи образложење, председник већа ће позвати странке и браниоца да предложени доказ образложе. Логичким и системским тумачењем, у вези правила о позивању сведока, произлази да се „обезбеђење присуства сведока“ не може остварити без навођења основних података о сведоку.

У казуистичком маниру, у Великој Британији Закон о казненој правди од 2003. године, прописује и елемент „података о сведоку“ у смислу прописивања дужности оптуженог да обавести суд и тужилаштво о намери да се позову сведоци одбране, те ако намерава да позове сведоке да обавести о ближим подацима о сведоку (име, презиме, датум рођења и што више датаља који су познати оптуженом), да обезбеди било које информације, које поседује, а које могу бити од „материјалне помоћи за идентификацију или проналажење таквог предложеног сведока“.

утврђивање истине.¹²⁷⁸ Из судске праксе ЕСЉП произлазе стандарди доказних предлога: 1. довољна образложеност; 2. релевантност за предмет оптужбе; 3. циљна усмереност предлога односно оцена да ли би предлог несумњиво могао оснажити положај одбране или чак довести до ослобођења окривљеног.¹²⁷⁹ Сведока, вештака или другог учесника у поступку према члану 193 став 2 ЗКП позива суд, ако је одредио његово испитивање или странке и бранилац, ако преузму обавезу да то учине.

Одсуство дужности суда да поступи по страначком доказном предлогу основно је обележје континенталноевропских кривичних поступака, у којима суд цени релевантност чињеница и доказа. Дискреционо право државе да одлучи о доказном предлогу ограничено је обавезом државе да образложи одлуку о одбијању доказног предлога. Правила о предлагању доказа на главном претресу односе се и на предлог у жалби да се испитају одређени сведоци. Одлука о одбијању доказних предлога поднетих на суђењу може да се преиспитује у другостепеном поступку. Повреду начела не чини *a priori* околност да је већи број сведока одбране чије је саслушање одбијено, у односу на број сведока оптужбе чије је саслушање одбијено, већ се морају ценити све околности у поступку.

У предмету *Topić v. Croatia*, Суд налази да је одбијање свих предлога одбране и прихватање свих навода и доказних предлога тужилаштва, створило неправичну предност („*unfair advantage*“) у корист тужиоца, те је подносиоцу представке последично ускратило сваку практичну могућност да ефикасно оспори оптужбе против себе.¹²⁸⁰ Суд је пре коначне процене сагледао да није постојала одлука о доказним предлозима која би задовољила стандард „образложене одлуке“, па се поставио у положај националног суда анализирајући исказ сведока и одбрану окривљеног, указао на непостојање материјалних доказа (отисака прстију, трагова ДНК), те ценио одбрану окривљеног саму по себи и у вези са изведеним доказима (конзистентност одбране, да је у делу сагласна с исказом сведока оптужбе).¹²⁸¹

Европски суд за људска права у случају *Horvatic v. Croatia* цени да ли у конкретном случају одбијања доказних предлога постоји „штетан ефекат за одбрану“, у смислу да је у поступку постојао такав „недостатак на штету подносиоца представке да поступак у целини не може да испуни захтеве правичног суђења.“¹²⁸² Суд испитује у којој ситуацији су одбијени доказни предлози, да ли је тада постојала могућност да се у потпуности разјасне оспорене околности.¹²⁸³

¹²⁷⁸ *Perna v. Italy*, ECtHR, App. no. 48898/99, 6 May 2003, para 29; *Gregačević v. Croatia*, ECtHR, App. no. 58331/09, 10 October 2012, para 63

¹²⁷⁹ *Polyakov v. Russia*, ECtHR, App. no. 77018/01, 29 January 2009, final on 29/4/2009, para 34

¹²⁸⁰ *Topić v. Croatia*, ECtHR, App. no. 51355/10, 10 October 2013, final on 10/1/2014, para 48

¹²⁸¹ Суд је утврдио повреду члана 6 став 1 и 3 (д) Конвенције. Подносиоцу представке и још једном окривљеном оптужним предлогом стављало се на терет поседовање дроге (1,2 грама марихуане замотане у новински папир, бачен у канту за отпатке). Подносилац представке одбио је да потпише потврду о одузетим предметима тврдећи да је бацио лименку пива у канту за отпатке. Нису изоловани отисци прстију нити узорци за ДНК анализу са папира. Сви доказни предлози тужилаштва су усвојени. Испитана су три полицијска службеника, као сведоци оптужбе. Из исказа једног полицијског службеника, који је пронашао пакетић, произлазило је да је сведок такође у канти за отпатке пронашао и лименке пива. Подносилац представке је током првостепеног поступка и у жалби предлагао да се испитају три сведока одбране који су били присутни на месту догађаја. Другостепени суд је ценио да је „саслушање сведока био неважан захтев у смислу члана 322 став 4 (2) Закона о казненом поступку.“

¹²⁸² *Horvatic v. Croatia*, ECtHR, App. 36044/09, 17 October 2013, para 86

¹²⁸³ Суд је у горе поменутом случају утврдио повреду члана 6 став 1 Конвенције. Подносилац представке осуђен је за кривично дело разбојништва извршено у банци. У банци је извршен увиђај, али нису

Законик о кривичном поступку прописује у члану 395 став 3 и члану 395 став 4 тачке 1–3 четири основа за одбијање доказног предлога.¹²⁸⁴ Први се односи на незаконите доказе (члан 395 став 3 ЗКП). Други разлог се примењује када је реч о доказима за које су странке и бранилац знали у току припремног рочишта или након одређивања главног претреса, али их нису предложили без оправданог разлога (члан 395 став 4 тачка 1 ЗКП).

Није правилно тумачење да се обавезно одбија доказни предлог као последица повреде процесне дисциплине и злоупотребе права на одбрану, нарочито када је реч о браниоцу. Суд свакако, пре свега, треба да цени да ли је извођење тог доказа неопходно потребно да би се предмет доказивања свестрано расправио (члан 15 став 4 ЗКП). Овај основ својерсан је вид „притиска“ на странке и браниоца да омогуће ефикасан кривични поступак. Према Законику о кривичном поступку од 2006. године, овај случај одбијања доказног предлога постављен је као *могућа* последица непоштовања процесне дисциплине и забране злоупотребе права, заједно са могућношћу кажњавања (новчана казна и искључење браниоца).¹²⁸⁵

Шкулић је истицао да правило не би требало да буде штетно по интересе одбране, што обезбеђује установљено поступање суда и мимо доказних предлога.¹²⁸⁶ У стручној литератури поставило се питање поштовања начела једнакости „оружја“ у вези новчаног кажњавања браниоца због злоупотребе права, у условима када се „тужиоцу допушта да без

пронађени никакви докази. Материјални докази пронађени су у подруму у стамбеној згради (новчанице, импровизирана маска, гумене рукавице и гардероба). Подносилац представке негирао је извршење кривичног дела позивајући се на злоупотребе полиције. Одбрана је предлагала да се од полиције прибаве подаци о криминалистичким техничарима који су третирали узорке и да се они испитају, као и да се испитају вештачи на околност начина паковања одеће и узорака. Доказни предлози су одбијени, у ситуацији када није постојала документација о спровођењу поступка узимања и паковања узорака за форензичку анализу, те *се нису могле детаљно испитати све околности које је одбрана оспорила*.

¹²⁸⁴ Уколико се тумачи полазећи од основног правила кривичног поступка, формулисаног у члану 15 став 3 ЗКП („суд изводи доказна предлога странака“), оправдана је теоријска примедба да није јасно да ли је суд у сваком случају дужан да изведе доказе које предложи странка, иако се објашњава да се закључује да се „чини да суд ипак нема такву дужност, јер није прописана никаква консеквенца за одбијање таквог предлога, нити постоји процесни механизам којим би се суд „принудио да поступи у складу са страначком доказном иницијативом“. М. Шкулић, „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално – европског кривичнопроцесног модела“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 1, број 1, Београд 2017, стр. 57.

¹²⁸⁵ Законик о кривичном поступку од 2006. године, *Службени гласник РС*, бр 46/06, 49/07 и 112/08, у члану 353 став 4 у вези члана 309 став 7 ЗКП предвиђао је да ће председник већа на главном претресу да одбије извођење доказа кога странке нису предложиле на припремном рочишту, а нису учиниле извесним детаљним образлагањем да у време одржавања припремног рочишта нису знале или нису могле да знају за тај доказ или чињенице које је потребно доказивати. Било је утврђено да се браниоцу за пропуштање може изрећи новчана казна ако суд оцени да је „очигледно намерно пропустио да предложи извођење доказа или је на други начин покушао да грубо злоупотреби своје право на предлагање извођења нових доказа“ (члан 353 став 5 ЗКП). У случају таквог поступања јавног тужиоца, било је предвиђено да ће председник већа да обавести непосредно вишег тужиоца.

На главном претресу утврђена је дужност председника већа да упозори браниоца да је у обавези да све своје доказне предлоге саопшти одмах, односно у најкраћем могућем року по сазнању да је њихово извођење потребно, под претњом новчане казне и искључења из даљег тока поступка (члан 344 став 2 и 3 ЗКП).

¹²⁸⁶ М. Шкулић (2007 а), стр. 1073.

последица, савњивих са оним последицама које прете браниоцу калкулише када ће одређени доказ предложити“¹²⁸⁷.

Трећи основиз члана 395 став 4 тачка 2 ЗКП односи се на доказивања чињеница које нису предмет доказивања или на чињенице које се не доказују. „Суд треба да цени поднете доказне предлоге и важност доказа који окривљени желе да предложе“¹²⁸⁸ (постојање релевантности за одлуку). Чињенице које се не доказују су према законској дефиницији чињенице за које суд оцени да су општепознате, у довољној мери расправљене¹²⁸⁹, које окривљени признаје на начин који произлази из члана 88 ЗКП и у погледу којих постоји сагласност странака која није у супротности са другим доказима. Када је реч о оцени да ли су чињенице у довољној мери расправљене потребно је при оцени значаја доказног предлога да се узму у обзир и цене постојећи докази о правно релевантним чињеницама, њихова бројност и тежина.¹²⁹⁰

Четврти основ примењује се када је реч о доказу чије је извођење очигледно у циљу одуговлачења поступка. Инструмент је за реализацију опште дужности суда да обезбеди суђење у разумном року и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка (члан 14 ЗКП), те овлашћења председника суда да се стара да поступак тече без одуговлачења (члан 367 став 2 тачка 3 ЗКП).

3.3.2. Основно испитивање сведока

Основно (директно) испитивање сведока – *examination – in – chief*, у страначком кривичном поступку уређено је пре свега практичним захтевима, као што је способност испитивача пре свега да организује испитивање, представи кредибилитет сведока и важност сведочења, постављарелевантна питања (издвајање битног од небитног), да се не расплињава, да поједностави испитивање и одреди редослед адекватних питања којима ће постићи жељени ефекат на пороту. У литератури се напомиње да јасно, логично и снажно презентовање чињеница током основног испитивања има одлучујући ефекат на исход поступка.¹²⁹¹ За разлику од унакрсног испитивања у адверзијалном поступку, запажа се да

¹²⁸⁷ Вид.: Слободан Бељански, „Право одбране у новом закону о кривичном поступку“, зборник *Примена новог Законика о кривичном поступку Србије: научни скуп Копаоник 2007*, Удружење за кривично право Србије, Београд 2007, стр. 145 – 146.

¹²⁸⁸ *Topić v. Croatia*, ECtHR, App. no. 51355/10, 10 October 2013, final on 10/1/2014, para 41

¹²⁸⁹ Ово овлашћење председника већа произлази из општег овлашћења из члана 367 став 2 тачка 4 ЗКП да се „стара да поступак тече без разматрања питања која не доприносе свестраном расправљању предмета доказивања“.

Бајовић у овај појам сврстава и чињенице у погледу којих је председник већа, „након извођења доказа стекао утисак да не постоје, па би настојањем ка њиховим даљим доказивањем другим доказним средствима представљала само губљење времена и непотребно одуговлачење поступка“. Вид. В. Бајовић (2015), стр. 163.

¹²⁹⁰ У случају *Vidal v. Belgium*, ECtHR, App. no. 12351/86, 22 April 1992, подносилац представке позивао се на повреду начела једнакости „оружја“, јер му је бриселски апелациони суд ускратио једино његово средство – предлог да се испитају четири сведока одбране, што се очигледније видело у томе да је суд своју одлуку засновао на непоузданим изјавама сведока, који није сведочио пред тим судом. Суд је нашао да је бранилац детаљно објаснио зашто је сведочење предложеног сведока изгледало као да ће испунити одређене недостатке у истрази, а да је уследило комплетно ћутање пресуде („*the complete silence of the judgment*“). Вид.: para 32, 34

¹²⁹¹ Thomas A. Mauet, Les A. McCrimmon, *Fundamentals of Trial Technique*, Third Australian Edition, Thomson Reuters, Rozelle – Pyrmont 2011, стр. 71.

током основног испитивања „у центру пажње“ треба да буде ипак сам сведок, а не његов испитивач.¹²⁹²

Законик о кривичном поступку од 2011. године уводи адверзијални елеменат суђења – основно испитивање сведока. Одређује да је основно испитивање постављање питања сведоку од стране странке или браниоца који су предложили испитивање сведока односно који су први предложили његово испитивање. Ипак, основно испитивање није елеменат кривичног поступка који у потпуности и суштини подражава основно страначко испитивање у чистом, класичном адверзијалном кривичном поступку. Основне одлике типичног адверзијалног кривичног поступка и уједно специфична природа основног испитивања сведока су да се од сведока који се испитују у основном (директном) испитивању очекује да „пренесу“ и „поткрепе тезу/верзију странке која их је позвала/предложила“ за сведоке („пријатељски сведоци“) и да странка може те сведоке „на одговарајући начин да *припрема* за давање исказа“, што је незамисливо у нашем кривичном поступку када је реч о одбрани због притворског разлога који обухвата „колузиону опасност“, чије постојање и трајање се формално не ограничава на фазе поступка које претходе суђењу.¹²⁹³

Атипично адверзијалном поступку, на главном претресу сведок се, како је то одређено чланом 402 став 1 ЗКП, испитује сходном применом члана 98 ЗКП. Формулација је омогућила да се у судској пракси заузме став да је председник већа овлашћен да руководи главним претресом, те и да „позове сведока да изнесе све што му је о предмету познато“¹²⁹⁴, што је противно одликама адверзијалног поступка. Доктрина објашњава да су постављање општих питања сведоку, слободно исказивање сведока, основно, унакрсно и допунско испитивање фазе испитивања сведока.¹²⁹⁵

Фејеш истиче: „Једина корист од изостављања спонтаног исказа на главном претресу може бити лакше разоткривање лажног исказа. Сведок може заборавити шта је раније рекао а није било истинито, па се без контекста наученог лажног исказа не може више сетити неистинитих навода или се може лако збунити и запетљати у противречности.“¹²⁹⁶

Једна од примедби упућена подели доказа на доказе оптужбе и доказе одбране спречавање је да се сазна истина у кривичном поступку. Саслушање сведока од стране суда, давало је питањима суда особину непредвидљивости за сведока, окривљеног и његовог браниоца. С друге стране, страначко извођење доказа отвара пут за фабриковање исказа сведока одбране.¹²⁹⁷

Препрека за сведока да да лажан исказ је претња да буде за њега кривично гоњен. Претпоставимо да је бранилац, у оквиру довољног времена које је остављено за припремање одбране пре главног претреса, дао сведоку само „техничка“ упутства о понашању и давању одговора на питање (форме одговора, трајање одговора) и указао шта ће бити предмет

¹²⁹² М. Шкулић (2019 а), стр. 31 – 32.

¹²⁹³ *Ibid.*, стр. 31.

¹²⁹⁴ Текст одговора утврђен на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда 24.11.2014. године. Вид.: *Билтен Врховног касационог суда у Београду* 1/2015, Intermex, Београд, стр. 217.

¹²⁹⁵ С. Бркић, Т. Бугарски (2020), стр. 195.

¹²⁹⁶ И. Фејеш, „Модел испитивања окривљеног и сведока у савременом кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Драгиша Дакић), број 1, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2011, стр. 151.

¹²⁹⁷ Упутство које се даје браниоцима ради правилног основног испитивања је да издвоје време да припреме сваког сведока одбране за сведочење пред судом. Вид.: R. Lochary, стр. 20.

браниочевог питања. Од околности конкретног случаја зависи у којој мери претходни разговор између адвоката и сведока може да буде значајан за спречавање давања исказа одређене садржине. Некада је довољно да утицај браниоца на сведока буде такав да онемогући да сведок даје спонтане изјаве на суђењу.

Препрека негативним ефектима основног испитивања је овлашћење председника већа из члана 402 став 7 ЗКП у вези члана 398 став 5 ЗКП да интервенише постављањем питања које доприноси потпунијем и јаснијем одговору на постављено питање. Међутим, у одсуству начела материјалне истине, једино исправно тумачење овлашћења председника већа је крајње рестриктивно.

Последица утврђивања начела материјалне истине је слободно изношење од странесведока свега што му је у предмету познато. Литература указује и на предности технике испитивања слободног излагања сведока насупрот технике „питање – одговор“. Слободно, спонтано и континуирано излагање сведока, без сугестивног и ограничавајућег утицаја питања најзначајнији је извор нових квалитетних информација.¹²⁹⁸

У адверзијалном моделу кривичног поступка испитивање сведока, било основно било унакрсно, мора да испуни одређене фактичке захтеве који се односе на прилагођавање извођења доказа лаичкој пороти. Обазривост је логична, јер порота налази чињенице, а суд само евентуално даје инструкције пороти у погледу примене права, односно тумачења права. Ово је један од разлога не само за постојање посебног предмета – права о доказима (*Law of Evidence*) него и за писање практичних приручника о правилном испитивању сведока и вештинама које су за то неопходне. Испитивач треба да се труди да му питања буду једноставна, разумљива просечном грађанину, да фокусирају пажњу пороте и да извођење доказа не траје дуго.

Упитно је остваривање права на основно испитивање сведока од стране окривљеног који нема стручну одбрану у поступку, у условима одговорности одбране за извођење доказа у корист одбране која се посредно уводи правилима о доказивању. Због тога суд треба да усмери повећану пажњу управо на елементе права на одбрану окривљеног, пре свега уставно зајемчено право на стручну одбрану, практично на процену способности окривљеног да се успешно брани, те да ли испуњава услове за стручну одбрану сиромашног. Осим тога, сви браниоци у кривичном поступку морају да прихвате значајно активнију функцију у кривичном поступку, што захтева марљивије, опсежније и детаљније припреме за заступање окривљеног на главном претресу и да буду процесно ангажованији у погледу доказних и уопште процесних предлога, изношења примедба, указивања на неправилности и незаконитости у поступку, али и да стичу и унапређују вештине постављања питања, правилне оцене у ком тренутку је потребно да реагују и на који начин, а када њихова активност може бити штетна по окривљеног.

Крајње лимитирана доказна улога суда намеће неминовно браниоцу дужност пружања обимније и квалитетније одбране, активно трагање за сведоцима у корист одбране (што уједно ствара ризик колузионе опасности када је у питању окривљени) и анулирање ефеката исказа сведока оптужбе, без које у процесном „дуелу“ са јавним тужиоцем, окривљени нема реалну шансу да остари своја права у пуном обиму, те се тиме законске заштитне гаранције уведене у циљу начела једнакости „оружја“ своде на „теоријске“ и „илузорне“. Подједнако, сужена доказна улога суда, намеће суду додатну контролу и већу одговорност у очувању права на правично суђење.

¹²⁹⁸ И. Фејеш (2011), стр. 150.

3.4. Право субјеката у страначким функцијама наунакрсно испитивање сведока

Од античког периода унакрсно испитивање сведока описивано је да је теже испитивање, „јер је ретко могуће да адвокати имају претходна знања о томе шта је вероватно да ће сведок рећи“, али и лакше, „јер када дође до унакрсног испитивања, они већ знају шта је претходно рекао.“¹²⁹⁹

Дидаскалије из прве половине трећег века нове ере, упозоравају оне који пресуђују у споровима међу члановима цркве да „не чују само једну особу, а да друга није присутна и да се не брани против навода, без саветовања и истраживања, да журно не објављују пресуду и одмах осуђују након лажних речи који су признали, јер ће осудити онога који није био присутан или се није бранио“.¹³⁰⁰

У старијој литератури указивало се да је сведочки исказ „због грешака у перцепцији, сећању и репродукцији, због евентуалне немарности и због недовољне упућености судије у његову оцену, сасвим несигурно и опасно доказно средство“, али да се упоредо долази до закључка да се, упркос својим недостацима, у кривичном поступку у великом броју случајева не може заменити ниједним другим доказним средством.¹³⁰¹

Концепт унакрсног испитивања дефинише секао усмено преиспитивање неповољних доказа (доказа против окривљеног) у време прикупљања, у намери да се изазове сумња у њихову поузданост и кредибилитет лица које даје исказ.¹³⁰²

Унакрсно испитивање сведока (*cross – examination*) начин је остваривања права окривљеног на „суочење“ са сведоцима који исказују против њега, начелно у супротности са овлашћењима суда по службеној дужности у погледу извођења доказа, да суд може да изведе доказе и без постојања предлога странака и без обзира што је странка одустала од предлога за извођење доказа, те да позива сведоке мимо страначког предлога, као и надлежности суда да без ограничења поставља питања сведоцима. Доктрина описује и да је унакрсно испитивање сведока „конкурентна у односу на садржај његовог сведочења“, путем којег је доступно „виђење истине“.¹³⁰³

Унакрсно испитивање сагледавамо у три аспекта: 1) карактеристике и циљеви унакрсног испитивања; 2) унакрсно испитивање сведока у пракси ЕСЈП – право на „суочење“; 3) унакрсно испитивање сведока према ЗКП – у.

3.4.1. Карактеристике и циљеви унакрсног испитивања

Остварење циљева унакрсног испитивања, односно права окривљеног на преиспитивање исказа сведока оптужбе, показује снагу овог страначког „оружја“. Праву на унакрсно испитивање, односно конфронтационој клаузули из Шестог амандмана Устава САД, придаје се посебан значај за остваривање правичности. У научној и стручној литератури која истражује примену унакрсног испитивања у адверзијалним системима описује се да је унакрсно испитивање најбољи метод за утврђивање истине у

¹²⁹⁹ Quintilian, p 181

¹³⁰⁰ F. R. Herrmann, В. М. Speer, стр. 494.

¹³⁰¹ Т. Васиљевић (1964), стр. 322.

¹³⁰² М. Stefano, стр. 20.

¹³⁰³ Б. Ристивојевић, стр. 127 – 128.

кривичном поступку, јер се њиме *преиспитује истинитост* изјаве сведока.¹³⁰⁴ Судска пракса у САД указује да „нема правичне оцене доказа од стране пороте без тестирања тежина сведочења и кредибилитета сведока“.¹³⁰⁵

Сврха унакрсног испитивања је “употпуњавање и исправљање основног испитивања, добијање елемената који недостају, а који су потенцијално у корист окривљеног, као и тест непријатељског садржаја основног испитивања у нади да сведок промени исказ, спецификује га или да призна да је погрешно или лагао.”¹³⁰⁶ Преиспитивање може бити успешно ако је резултат „негативна“ оцена предметног доказа, која је у прилог одбрани. Практично, циљ су „корисна сведочења за теорију случаја“ или „опозив сведока (дискредитовање сведока или исказа сведока)“ односно „унапређење случаја унакрсног испитивача“.¹³⁰⁷

Унакрсно испитивање пружа највећу сигурност против непотпуних, искривљених, лажних доказа, те је приликом постављања питања дозвољена много већа ширина него приликом основног испитивања.¹³⁰⁸ Питањима која странке и бранилац постављају сведоцима допуштено је да се наводи на одговор. Сугестивна питања (*leading questions*) својеврстан су вид дозвољеног „збуњивања“ сведока. Испитивач се опредељује за овај метод да би практично посредно пружио себи прилику да износи чињенице и околности. Сугестивно питање означава се као питање, јер је граматички тако формулисано.¹³⁰⁹ Искусни и вешти испитивачи га постављају плански, тактично и изузетно, ради „поентирања у завршници“. Ако је остварило своју сврху, не инсистирају на даљем и детаљнијем испитивању на исте околности.

У адверзијалном моделу поступка значај овог метода испитивања посебно се наглашава, јер може да постане одлучујући фактор за исход суђења. Интелигенција и реторичка доминантност испитивача у доказном дуелу насупрот слабости испитиваног лица, омогућавају да се остави у тој мери јак утисак на лаичку пороту, да стекне уверење да је теза испитивача потврђена. Исто тако неправилно и неодговарајуће унакрсно испитивање може да има штетан ефекат за страну коју испитивач заступа, јер прети да „удаљи“ пороту да прихвати случај одбране.

Сугестивна питања имају ефекат да наведу сведока да изјави супротно од онога што је раније изјавио, да доведу до „повлачења чињеница“, те откривања пороти да сведок заправо

¹³⁰⁴ Францис Л. Велмен (*Francis L. Wellman*), амерички адвокат са дугогодишњим искуством у судници, запажа: „Још увек није пронађена замена за унакрсно испитивање као средство за одвајање истине од неистине и свођење преувеличаних изјава на њихове праве димензије.“ Вид.: *Francis L. Wellman, The Art of Cross – Examination: With the Cross – Examinations of Important Witnesses in Some Celebrated Cases*, new and enlarged edition, New York, The Macmillan Company, London: Macmillan & Co., Ltd 1919, стр. 22.

¹³⁰⁵ *Case Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931), 692., доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/687/#691>, приступљено 15. априла 2019.

¹³⁰⁶ М. Stefano, стр. 21.

¹³⁰⁷ О томе: R. Lochary, стр. 29; Samuel R. Gross, „Expert evidence”, *Wisconsin Law Review* 1991, стр. 1165.

¹³⁰⁸ Frederic John Wrottesley, *The Examination of Witnesses in the Court Including Examination in Chief, Cross – Examination, and Re – Examination*, London – Toronto 1910, стр. 64.

¹³⁰⁹ Основи вештине говорништва и постављања питања проналазе се у Сократовим дијалозима, у којима се примећују честа сугестивна питања. Приликом истраживања феноменологије филозофских расправа, прави се разлика између питања која су „директни захтеви за информацијама и која се постављају због незнања и због непотпуног разумевања што испитивач покушава да исправи“ и питања која „иако могу бити директни захтеви за информацијама, није потребно логички да буду питања“. Вид. John Beversluis, *Cross - Examining Socrates: A Defense of the Interlocutors in Plato's Early Dialogues*, Cambridge University Press 2000, стр. 51.

није поуздан.¹³¹⁰ Међутим, ове појаве јављају се и из других разлога осим избегавања сведока да се сазна истина у кривичном поступку, као што су различити видови емоционалне напетости сведока узроковане разним факторима. Једна је од опасности такозване „форензичне збуњености“ сведока, која се може појавити због саме чињенице што се лице први пут саслушава у кривичном поступку, да ова лица могу бити и веома сугестивна и сасвим олако потврдити све могуће претпоставке.¹³¹¹

Осим тога, вештине испитивача и технике испитивања коришћењем „лукавих питања“ некадастварају погрешну слику да је сведок непоуздан.¹³¹² Сликвито се описује да је вредно помена да „гладијатор не користи оружје у судници првенствено ради похода за истином, већ што жели да победи“¹³¹³. Испитивач током унакрсног испитивања може да се определи да само, како би „извојевао победу“ у доказном дуелу, створи слику да је сведок лажно сведочио. Од давнина се запажало да адвокати супротне странке „имају начин да учине да сведок изгуби главу или да га уведу у неку замку, те када једном оде сведок, чини више штете својој страни него што би учинио добро“.¹³¹⁴

У стручној литератури помиње се да је предуслов за успешно унакрсно испитивање да испитивач најпре правилно оцени да ли се ради о сведоку који мање – више несвесно излаже погрешно чињенично стање или о сведоку који даје лажан исказ, те да сходно томе употреби одговарајући метод испитивања који се разликује за ова две категорије сведока.¹³¹⁵

Такође, испитивање може да „пољуља“ кредибилитет сведока наглашавањем околности које указују на пристрасност, непоузданост самог исказа представљањем да је исказ нејасан, нелогичан, контрадикторан ранијем исказу или да су делови његовог исказа противречни, те да је „слаб“ доказ.¹³¹⁶

Циљ унакрсног испитивања је и да суд сазна нове, за предмет битне чињенице и околности које иду у корист испитивачу. Испитивач некада има намеру да само „утврди границе сведочења“, да изјави сведока проистеклој из основног испитивања „дода квалификацију“¹³¹⁷. Након опредељивања за циљ, бира се техника и тактика испитивања погодна да га оствари.

Критичари унакрсног испитивања називају га „непријатељским испитивањем“, приписују му да је суров начин да се оспори сведочење сведока, чак и када је наизглед учтив

¹³¹⁰ Stephen Solley QC, “The Role of the advocate”, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002, стр. 319.

¹³¹¹ Живојин Алексић, М. Шкулић, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, стр. 207.

¹³¹² Више о томе: Marvin E. Frankel, “The Search for Truth: An Umpireal View”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, No. 5, 1975, стр. 1039.

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ Quintilian, p 175

¹³¹⁵ F. L. Wellman, стр. 50.

¹³¹⁶ Прави се разлика у оцени сведочења према личности сведока (часна професија – велики углед), што је карактеристика прошлих времена, и према самом сведочењу, која је одлучујућа и дугује се налазима пропозиционе психологије у последњих педесет година. Такође, разликује се општи кредибилитет („да ли се сведоку у основу може веровати у погледу питања изван поступка“) и специфичан кредибилитет („да ли се сведоку може веровати у вези са изјавом у предмету“), према налазима форензичке психијатрије недовољан за општи закључак о конкретном кредибилитету. О томе: Gabriele Jansen, *Zeuge und Aussagepsychologie*, 2. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2012, стр. 17 – 18.

¹³¹⁷ Вид.: S. R. Gross, стр. 1167.

и тих, истичући да су често питања осмишљена тако да збуњују или понижавају сведоке тако што их повезују у детаље маргиналног или безначајног.¹³¹⁸

3.4.2. Унакрсно испитивање сведока у пракси ЕСЉП– право на „суочење“

Захтев начела правичности је да се окривљенима обезбеди могућност да остваре унакрсно испитивање сведока, односно да у сваком тренутку испитују или захтевају да се испитују сведоци оптужбе. Шкулић појашњава да право окривљеног на „суочавање“ са сведоцима који га терете према ЕСЉП подразумева право окривљеног да испитује сведоке, тј. да учествује у извођењу доказа њиховим испитивањем/саслушањем.¹³¹⁹

Право на суочење (*Right to Confrontation*) на специфичан начин постало је трансплант у континенталној Европи путем правила из члана 6 став 3 д) о испитивању сведока, које изједначава право на испитивање сведока и право да суд испита тог сведока, у намери да се заштите државе које прихватају „инвизиторни“ тип поступка.¹³²⁰

Примена захтева о праву на испитивање сведока оптужбе од стране окривљеног лично или његовог браниоца, посматра се са аспекта процесне правичности како у вези примене начела расправности тако и у вези начела једнакости „оружја“.

Већи је нагласак на захтеве права на одбрану који се односе на доказе тужилаштва.¹³²¹ Суштина овог права је да се окривљеном пружи прилика да изазове сумњу у сведока оптужбе, да дискредитује његов исказ или њега. У циљу остваривања права у пуном обиму, окривљеном се по правилу најпре открива идентитет сведока. Унакрсно испитивање једно је од посебно важних процесних средстава. Ускраћивање могућности одбрани да се користи овим средством, отежава суду задатак да „правилно и правично процени поузданост сведока“, што може да доведе до штетних последица за окривљеног.¹³²²

Значај унакрсног испитивања огледа се и у томе да се пресуда не може засновати на „непреиспитаном доказу“ ако нису задовољени захтеви правично спроведеног поступка. Важно је да ово право окривљени оствари „било у време када сведок даје изјаву или у каснијем стадијуму поступка“.¹³²³ Уопштено, Конвенција не искључује идентификацију, у смислу члана 6 став 3 (д), оптуженог са његовим браниоцем.¹³²⁴

Окривљени и његов бранилац не морају да се користе овим правом. Одлука о томе ће често у пракси зависити од основног испитивања, тезе одбране и самог сведока.¹³²⁵ Могуће је

¹³¹⁸ J. McEwan, стр. 59.

¹³¹⁹ М. Шкулић (2018 б), стр. 631.

¹³²⁰ М. Stefano, стр. 14.

¹³²¹ Arangüena Fanego Coral (2012 с), стр. 285.

¹³²² Европски суд за људска права налази да ли је остварен овај задатак суда у конкретном случају, ценећи да ли је поступак у целини био правичан, односно да ли је ограничење права на одбрану у виду немогућности унакрсног испитивања испуњавало захтеве правичног суђења. Вид. нпр. *Tseber c. République Tchèque*, ECtHR, Requête no 46203/08, 22 novembre 2012, définitif 22/2/2013, para 69

¹³²³ *Asch v. Austria*, ECtHR, App. no. 12398/86, 26 April 1991, para 27; *Luca v. Italy*, ECtHR, App 33354/96, 25 February 2001, final on 27/5/2001, para 39; *Solakov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, ECtHR, App. no. 47023/99, 31 October 2001, final on 31/1/2002, para 57

¹³²⁴ *Doorson v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 20524/92, 26 March 1996, para 74

¹³²⁵ Запажају се ситуације када није практично, целисходно нити мудро да се одбрана упусти у унакрсно испитивање. Може бити да „теза коју заступа одбрана уопште није угрожена исказом проистеклим из

одрицање од права на постављање питања сведоку оптужбе и права на предлагање доказа у корист оптужбе, те тада нема кршења конфронтационе клаузуле, а тиме ни права на правично суђење.¹³²⁶ Одррицање од овог правана одбрану ваљано је ако је учињено уз претходне заштитне гаранције (претходно дате поуке о праву, провере о разумевању поуке, изричита изјава пред судом).¹³²⁷

Европски суд за људска права разликује случај претпостављеног одрицања. Понашање окривљеног квалификовано као „заstraшивања сведока“ има се сматрати одрицањем права окривљеног на испитивање сведока на које се заstraшивање односи, према члану 6 став 3 (д) Конвенције.¹³²⁸

Остваривање права на унакрсно испитивање сведока под једнаким условима подразумева оцену да ли је окривљени уопште имао прилику, довољно времена или информација да оствари ово право, односно да ли је постојала „адекватна и права прилика“ да испита сведоке оптужбе. Појављивање сведока предуслов је за могућност одбране да се суочи са сведоком. Цени се да ли су власти учиниле све „разумне напоре“ и да ли су предузеле све „разумне кораке“ радиосигурања дасе одређени сведок испита.¹³²⁹ Захтев је да се покаже, „на уверљив начин“ да постоје „добри разлози“ за неприсуствовање сведока.¹³³⁰

Делотворно остваривање права одбране на унакрсно испитивање и успешност унакрсног испитивања зависи од припреме одбране за унакрсно испитивање, благовременогупознавања са доказима из истраге, односно поседовање копија или снимака записника о испитивању сведока из истраге (довољност информација).

3.4.3. Унакрсно испитивање сведока према ЗКП–у

Законик о кривичном поступку од 2011. године утврђује право окривљеног на испитивање сведока оптужбе уопштено одређујући појам унакрсног испитивања. Унакрсно испитивање јепостављање питања сведоку од стране супротне странке, или оштећеног које следи основно испитивање (члан 2 став 1 тачка 22 ЗКП). Примењује се искључиво на главном претресу, као процесно право странака и браниоца, у циљу пуног остваривања права на „суочење“ са сведоком, односно преиспитивање кредибилитета сведока и веродостојности

основног испитивања“ или да се „реално не може очекивати да ће се од конкретног лица добити исказ који ће ићи у прилог тезе која се заступа“. Вид.: В. Делибашић, „Унакрсно испитивање – правила и изазови“, *Журнал за криминалистику и право* 1/14, стр. 74.

Францис Л. Велмен, указује да је потребно проценити да ли је сведочење оставило утисак на пороту. Вид.: F. L. Wellman, стр. 23.

¹³²⁶ Marin Mrčela, Ivana Bilušić, стр. 381.

¹³²⁷ Изричито одрицање окривљеног предвиђа члан 406 став 1 тачка 2 ЗКП. Странке могу да се сагласе да се суд упозна са задржином записника о исказима сведока, саоптужених или већ осуђених саучесника или записника о налазу и мишљењу вештака уместо непосредног испитивања сведока или вештака који није присутан, без обзира да ли је позван или не.

¹³²⁸ Вид.: *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 123

¹³²⁹ *Kaste and Mathisen v. Norway*, ECtHR, App. nos. 18885/04 and 21166/04, 9 November 2006, final on 9/2/2007, para 47, 30

¹³³⁰ У случају *Asadbeyli and Others v. Azerbaijan* констатовано је да, између осталог, релативно велики број сведока оптужбе који су дали изјаве у претпретресној фази није присуствовао суђењима, те да су њихове изјаве прочитане без испуњења поменутих критеријума. Вид.: *Asadbeyli and Others v. Azerbaijan*, App.nos. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05, 16519/06, 11. December 2011, final on 11/3/2013, para 134

његовог исказа, због чега се у нормативном смислу може сматрати једном од гаранција начела једнакости „оружја“. Међутим, спорна је делотворност овог начина испитивања у ситуацијама када окривљени (у највећем броју случајева правно неуко лице, у неким случајевима и необразовано лице) нема стручну одбрану или има неадекватну изабрану стручну одбрану, у условима лимитиране доказне улоге суда, када се доводи у питање ефективно остваривање овога начела. Практично, овај начин испитивања се предузима у циљу утицаја да се елиминише/умањи кредибилитет сведока и/или веродостојност његовог исказа пред судом, деловања на сведока да измени свој исказ у корист странке која предузима унакрсно испитивање и да се евентуално постављањем сугестивних питања изнесе и потврди теза испитивача.

Странке и бранилац имају право на унакрсно испитивање, те могу да оптирају да га не користе, односно да га се својеволјно одрекну у конкретном случају. Закључењем споразума о признању кривичног дела, окривљени се одриче права на суђење, а тиме на преиспитивање исказа сведока, због чега признање мора да се да под стриктним нормативним и практичним гаранцијама. На главном претресу, искусан бранилац неће увек односно нужно прибећи унакрсном испитивању, јер након свестраног разматрања предмета и оцене основног испитивања процењује штетна дејства унакрсног испитивања по тезу испитивача, значај и потенцијалне позитивне и негативне ефекте унакрсног испитивања одређеног сведока, да ли може да постигне успех унакрсним испитивањем, те изводи закључак о упуштању у унакрсно испитивање сведока супротне странке.

Осим сведока, унакрсно се испитује вештак и друго испитивано лице (стручни саветник). Након унакрсног испитивања, искључиво по одобрењу председника већа испитивач из основног испитивања овлашћен је да предузме допунско испитивање (додатно испитивање, додатна питања) ради уклањања штетних последица произашлих из унакрсног испитивања (члан 402 став 6 ЗКП).

Ако је извођење доказа одредио суд, тумачи се да испитивања након постављања питања од стране председника већа и чланова већа имају особину унакрсног испитивања, а по одобрењу председника већа и карактер додатног испитивања.¹³³¹ Према ставу у судској пракси, након додатног испитивања дозвољена је примена унакрсног испитивања у погледу додатних питања, што се законом не искључује. Циљ додатних испитивања је „неутралисање“ штетних ефеката унакрсног испитивања, а ово испитивање има своја теоријска и практична правила („јачање теорије случаја“, питања се односе на „питања отворена у унакрсном испитивању“).¹³³²

Претходна излагања показују сложеност унакрсног испитивања. У нашој правној теорији се резимира: „Унакрсно испитивање наиме не подразумева само редослед постављања питања, већ посебан метод, технику испитивања о којој наш законодавац ништа не говори.“¹³³³ Примењује се најпре слободно изношење исказа сведока о свему што му је о предмету поступка познато (члан 98 став 2 ЗКП), затим „постављање питања“ (члан 2 став 1 тачка 22 ЗКП, члан 403 став 2 ЗКП), а не суштинско унакрсно испитивање. У истрази се постављају питања преко јавног тужиоца (члан 300 став 8 ЗКП). Искази сведока уносе се у

¹³³¹ Вид.: Г. П. Илић *et al.*, стр. 963.; С. Бркић, Т. Бугарски (2020), стр. 195.

Другачије, из става заузетог у судској пракси произлази да странке у овом случају немају право на унакрсно испитивање. Вид.: Правна схватања Посебних одељења Вишег суда у Београду са седнице одржане 26.4.2012. године, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012, стр. 20.

¹³³² О томе: R. Lochary, стр. 41 – 42.

¹³³³ В. Бајовић (2012), стр. 837.

записник ако садрже *одступања* или *допуну* ранијих исказа приказујући њихову *битну садржину*¹³³⁴ (члан 239 став 3 ЗКП), што је свакако атипично за страначки модел поступка, наглашава значај доказа из истраге које изводи јавни тужилац (странка у поступку на главном претресу) и прети да наруши планирану концепцију и сврху унакрсног испитивања странака, те може да омета одбрану окривљеног. Додатно, утврђено је *уплитање председника већа* у испитивање ради потпунијег или јаснијег одговора на питање (члан 398 став 5 ЗКП).¹³³⁵

Законској дефиницији приписују се замерке и у погледу *испитаника и овлашћеног испитивача*, нарочито ако се има у виду да је судска пракса примењивала рестриктивно тумачење полазећи од појма странке (члан 2 став 1 тачка 9 ЗКП).¹³³⁶ Делибашић предлаже да би требало премостити термилошку баријеру („супротна странка“, што значи тужилац, а не и саокривљени) и дозволити унакрсно испитивање оној страни чију тезу угрожава конкретни доказ.¹³³⁷ Предлог је у складу са ставовима ЕСЈП, према којима се као тужилачки доказ третира сваки *доказ против окривљеног*. Запажамо да „сходна примена одредаба о заштићеном сведоку“ из члана 112 ЗКП суштински даје шире тумачење појма сведок обухватајући прикривеног иследника, вештака, стручног саветника и стручно лице.¹³³⁸

Дефиниција изоставља браниоца као испитивача. Несумњиво ово право припада браниоцу као и окривљеном, у складу са изричитим законским овлашћењем да може да предузима све процесне радње у корист окривљеног које може да предузме окривљени (члан 71 став 1 тачка 6 ЗКП), правом окривљеног на стручну помоћ браниоца (члан 68 став 1 тачка 5 ЗКП) и ради остваривања права окривљеног на правично суђење (члан 68 став 1 тачка 5 ЗКП) чији је начин реализације описан у пракси ЕСЈП. Странке и бранилац питања сведоку постављају непосредно (члан 402 став 2 ЗКП). Сведоку може постављати питања и стручни

¹³³⁴ Обавезно тонско снимање утврђено је када је реч о кривичним делима за које поступа тужилаштво посебне надлежности (члан 236 став 3 ЗКП у вези члана 162 став 1 тачка 1 ЗКП). Предлаже се у свим случајевима због „ризика уношења онога што се сматра битним или да се уношењем у записник прекине нит унакрсног испитивања и да се спречи успех“. В. Делибашић, „Унакрсно испитивање у кривичном процесном праву Србије“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2015, стр. 228.

¹³³⁵ Оправдане су интервенције суда у циљу заштите основних добара учесника у поступку (заштита сведока од увреде, претње и сваког облика другог напада; у случају „заstraшивања сведока“), одржавања реда и суђења у разумном року, те управљања поступком које нису противне захтевима правичног суђења и правима на одбрану окривљеног.

Европски суд за људска права у случају *C.G. v. The United Kingdom*, констатује честе, претеране и непожељне интервенције, прекидања од стране судије током унакрсног испитивања које је предузимао бранилац, али налази да су: 1. резултат неспоразума или легитимне бриге судије да се порота не збуни линијом испитивања која се спроводила и да 2. ни у једном тренутку судија није зауставио браниоца да настави било коју врсту одбране, те да је пружена адекватна прилика одбрани да суду презентује своју верзију догађаја. Вид.: *C.G. v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 43373/98, 19 December 2001, final on 10/7/2002, para 37 – 43

¹³³⁶ „Унакрсно испитивање не може чинити саоптужени, нити његов бранилац, ако је, на пример лице које се испитује предложио други саоптужени и његов бранилац“, већ се „једино може предложити постављање додатних питања која не смеју да буду сугестивна.“ Правна схватања Посебних одељења Вишег суда у Београду са седница одржаних током децембра 2011. и јануара 2012. године, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012, стр. 12.

¹³³⁷ В. Делибашић (2014), стр. 77.

¹³³⁸ Према члану 3 став 1 тачка 1 Закона о програму заштите учесника у кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, лице под заштитом је учесник у кривичном поступку: „осумњичени, окривљени, сведок сарадник, сведок, оштећени и стручно лице.“

саветник странке. Право стручни саветник реализује непосредно само по одобрењу председника већа (члан 402 став 2 ЗКП).

Средстава принуде сведока да испуни своју дужност приступања на главни претрес и дужност да сведочи су: довођење сведока, новчано кажњавање и сношење трошкова кривичног поступка (члан 101 став 1 и 2 ЗКП, члан 384 став 3 ЗКП).

Постављање сугестивних питања сведоцима својствено је подели доказа на страначке доказе, страначким списима, страначким доказним дуелима, практичним упутствима о извођењу доказа, поротним суђењима у којима странке теже да остваре моменталан, изненађујући, „драматичан“ и пресудан утицај на лаичку пороту. Правна теорија запажа да сугестијом може да се утиче на „различите промене у доживљају лица“, као и на његову меморију.¹³³⁹ Противна је нашој дугој кривичнопроцесној традицији, доказној иницијативи суда, достављању оптужнице суду заједно са јавнотужилачким списима из истраге, доношењу пресуде већа (у чијем саставу је судија професионалац –председник већа односно судије професионалци)/судије појединца и овлашћењима судије да се „умеша“ у страначко унакрсно испитивање постављањем питања сведоку. Делибашић примећује да идеја о дозволи сугестивних питања приликом унакрсног испитивања у Законику није доследно спроведена. Уочава да члан 402 став 7 ЗКП регулише испитивање сведока и прописује сходну примену и одредбе члана 398 став 3 ЗКП, која даље упућује на члан 86 став 3 ЗКП, који садржи забрану да се приликом постављања питања наводи на одговор, а поменуто је у супротности са одредбама члана 98 став 3 и члана 402 став 1 ЗКП.¹³⁴⁰ Овакав начин испитивања изричито је забрањен чланом 98 став 3 ЗКП током основног испитивања сведока.¹³⁴¹

Судска пракса заузимањем става уско тумачи предмет унакрсног испитивања („предмет унакрсног испитивања је предмет основног испитивања“),¹³⁴² што се критикује у правној науци и струци са аспекта законског регулисања (члан 402 став 7 ЗКП у вези члана 398 став 3 ЗКП), сврхе унакрсног испитивања и права на унакрсно испитивање.¹³⁴³ Изостају правила о варијанти унакрсног испитивања које одликују адверзијалне поступке (везана, невезана и компромисна варијанта), односно питањима која се могу постављати током унакрсног испитивања, те се ради о чистој законској прокламацији новог начина испитивања сведока.¹³⁴⁴

Регулишу се општи разлози за одбијање питања и надлежност за одлучивање (члан 98 став 3 ЗКП, члан 398 став 3 и 4 ЗКП на који упућује члан 402 став 7 ЗКП), али не изахтев указивања на сврху постављања питања. У судској пракси САД инсистира се на пружању

¹³³⁹ С. Бркић, Т. Бугарски (2020), стр. 196.

¹³⁴⁰ В. Делибашић, „Сведочење у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/2017, стр. 751.

¹³⁴¹ Више о врстама сугестивних питања: Ж. Алексић, М. Шкулић, стр. 208–209.

¹³⁴² Вид.: Правна схватања Посебних одељења Вишег суда у Београду са седница одржаних током децембра 2011. и јануара 2012. године, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012, стр. 12.

Предмет унакрсног испитивања изричито се регулише у законодавству БиХ – питања претходно постављена током директног испитивања и питања у корист сопствених тврдњи. Вид.: члан 262 став 1 ЗКП БиХ, члан 277 став 1 ЗКП Ф БиХ, члан 262 став 1 БД БиХ, члан 277 став 1 ЗКП РС

¹³⁴³ О томе: Г. П. Илић *et al.*, стр.67.; В. Делибашић (2014), стр. 76.

¹³⁴⁴ В. Бајовић (2012), стр. 839.

„разумне ширине“ унакрсном испитивачу, јер одбијање питања од стране суда прети да има штетан ефекат по одбрану.¹³⁴⁵

Доктрина је указивала на недостатке унакрсног испитивања са аспекта једнакости „оружја“ у условима у којима суд не изводи доказе на главном претресу. Лазин је истицао да раније законско решење да сведоке и вештаке испитује суд, а да странке тек након тога могу да постављају питања, обезбеђује једнакост окривљеног који нема браниоца са јавним тужиоцем, у погледу познавања права, што је основни предуслов за правилно утврђивање истине.¹³⁴⁶ С друге стране, поменути аутор налази да би се проблем фактичке неједнакости у условима унакрсног испитивања решио тако да „сваки окривљени приликом унакрсног испитивања сведока и вештака има браниоца, односно ако га нема да му се постави“, констатујући да је овај начин скуп.¹³⁴⁷

Успешан испитивач треба да има изражене поједине личне особине (стрпљивост, смиреност, темељност и пажљивост), да поседује правничка знања, али и у одређеној мери и знања из области психологије, психијатрије, логике, филозофије и других наука, стручна знања и бројне вештине, те што дуже искуство испитивача у судници. Посебно када су у питању сугестивна питања, постоје бројна практична правила која подразумевају вештине и њихово увежбавање да би се по њима успешно поступало. Практична упутства односе се на садржину питања, форму питања, редослед речи у питању, оцену када су питања одговарајућа, да ли могу да делују на лице које се испитује.¹³⁴⁸ Тешко је замислити да ће окривљени коме се ставља на терет кривично дело за које није обавезна одбрана, без помоћи браниоца бити у прилици да парира јавном тужиоцу у „доказном двобоју“. Дobar испитивач правилно се опредељује да ли ће да користи ово средство, одређује циљ, формира стратегију испитивања, поставља права питања на време и на одговарајући начин. Нарочито је важно да јепретходно пажљиво пратио ток истраге, да је ставио примедбе на записник ако је приметио да исказ сведока није правилно унет, да је анализирао доказе из истраге, пратио основно испитивање и целокупне резултате главног претреса.

Друга примедба у правној теорији односи се на сагледавање значаја који се придаје унакрсном испитивању у циљу максималног изједначавања положаја странака.¹³⁴⁹ Унакрсно испитивање описује се као „средство процесне компензације“ за то што се претпоставља да је странка која је предложила испитивање лицаупозната са садржином његовог исказа и у одређеној мери учествовала у припреми таквог исказа, због чега је оправдано да се дозволе шири овлашћења у оспоравању овако припремљеног исказа.¹³⁵⁰

Замислимо да се ради о доказу на коме јавни тужилац заснива оптужницу. Заменик јавног тужиоца у истразипоступао је као орган поступка, а не странка у поступку. Дужан је био да буде непристрасан приликом предузимања доказних радњи, а дужност наставља да егзистира и на главном претресу. По правилу, дужан је био да обавести окривљеног и браниоца о предузимању доказне радње. У случају да постоји сумња у поступање у складу са

¹³⁴⁵ *Case Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931), 692., доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/687/#691>, приступљено 15. априла 2019.

¹³⁴⁶ Ђ. Лазин (2008), стр. 52.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ Више о томе: Т. Бугарски (2013), стр. 139 – 142.

¹³⁴⁹ М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 81.

¹³⁵⁰ С. Бељански, Г. П. Илић, М. Мајић, *Законик о кривичном поступку (предговор)*, Службени гласник, Београд 2011, стр. 53.

дужношћу непристрасности, окривљени и бранилац имају право да поднесу захтев за изузеће. Ако су испоштована сва права на одбрану у истрази, односно није се прибегло основима за искључење/ограничење права одбране на испитивање сведока, а докази се изводе непосредно на главном претресу није од нарочитог значаја за одбрану начин испитивања сведока (постављање питање одбране или унакрсно испитивање).

Ако је реч о доказу одбране, могуће је да су окривљени и бранилац, у смислу члана 301 став 2 тачка 1 ЗКП, у току трајања истраге прибавили од лица писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност. Међутим, конкретна опасност да ће осумњичени „учествовати у припреми исказа“ одређеног лица за кога постоји вероватноћа да има сазнања о кривичном делу које се осумњиченом ставља на терет и да ће бити позван у својству сведока, представља колузиону опасност из члана 211 став 1 тачка 2 ЗКП. На постојање овог законског разлога за одређивање притвора јавни тужилац води рачуна по службеној дужности, а након потврђивања оптужице суд.

Могућа је ситуација да је лице непознато јавном тужиоцу или му је непознато да лице има релевантна сазнања о догађају. Ако се има у виду да јавни тужилац предузима кривично гоњење уз помоћ полиције и да располаже бројним и садржајним ресурсима, те да је дужан да поступа непристрасно, закључује се да се не може радити о већем броју лица. Уколико се поступак води против имућних окривљених, који су „припремили“ „веште“ сведоке, тешко је да ће управо сугестивна питања бити „оружје“ које је потребно да јавни тужилац употреби да би „саломиио“ њихов интелект.¹³⁵¹

Додатно, овакво запажање значило би да је законодавац био мотивисан да дода „оружје“ јавном тужиоцу, ради успостављања равнотеже нарушене опцијом да окривљени или бранилац припремају будућег сведока одбране, а не да омогући да окривљени на располагању има иста правна средства као и јавни тужилац и да спречи да се пресуда заснује на тужилачком доказу који одбрана није била у могућности да оспори на главном претресу, што је обавеза државе према Конвенцији.

Кључни проблем у нашем кривичном поступку је широка могућност да се на главном претресу користе докази из јавнотужилачке истраге коју је водио јавни тужилац и да им се формално придаје исти значај као и доказима изведеним на главном претресу, што покушава да ублажи судска пракса тумачењем појединих одредаба из члана 406 ЗКП одражавајући у одређеној мери настојање да одржи равнотежу између тежње трагања за истином (што формално није дужност суда) и начела једнакости „оружја“. Бројни законски основи упознавања са садржином записника из истраге, без детаљних нормативних гаранција (пре свега уређивања извођења ових доказа пред судом у истрази) и ограничења, уз истовремено прописивање искључивања/лимитирања права на испитивање сведока оптужбе у истрази, доводе у сенку било који потенцијални значај унакрсног испитивања (које није типично унакрсно испитивање у страначком поступку) за положај окривљеног.

4. Нужна ограничења права на испитивање сведока и фактори уравнотежења

„Сва правила којима се окривљеном право из члана 6 став 3 (д) ЕКЉП ускраћује или битно лимитира, односно која се свде на одговарајућа одступања од начела непосредности у

¹³⁵¹ Делибашић указује да се не сме заборавити чињеница да овај начин испитивања није претерано моћно оружје и да у пракси, по правилу, за разлику од примера из америчких филмова, не доноси спектакуларне резултате. Вид.: В. Делибашић(2015), стр. 224.

објективном смислу, тј. у односу на извођење доказа, потенцијално могу да се сматрају облицима кршења или суштинског ограничавања овог важног права на правично суђење, које поседује окривљени у кривичном поступку“.¹³⁵² Основни проблем је како постићи одговарајућу равнотежу између поштовања начела правичности и непосредности и потребе трагања за истином у кривичном поступку. Важно је да се очува суштина начела правичности и непосредности у објективном смислу. Значај непосредности поступка огледа се и у омогућавању суду да изведе закључке о „истинитости или неистинитости исказа кривичнопроцесних субјеката“ пружањем прилике да „сагледава њихова психичка стања и реаговања (одлучност, несигурност, покрете, интонацију гласа и сл.)“.¹³⁵³

Законик о кривичном поступку Италије који прихвата адверзијални модел поступка јасно одваја фазу претходне истраге од суђења предвиђајући двоструку забрану: 1. забрана коришћења истражних списа на суђењу осим ради довођења у питање исказа сведока; 2. забрана да се као доказ цене изјаве које је полиција прикупила у претходној истрази.¹³⁵⁴ Уставни суд Италије својим одлукама о неуставности противио се законодавној реформи праћења англоамеричких узора у правцу рестриктивне могућности употребе доказног материјала из претходне истраге, налазећи да је законодавац у недовољној мери узео у обзир управо интерес утврђивања истине у кривичном поступку.¹³⁵⁵

Наш законодавац издваја четириформе извођења доказа које су одређени изузетак од начела непосредности: упознавање са садржином налаза и мишљења вештака уместо позивања и испитивања вештака под условима из члана 403 ЗКП, уз могућност накнадног одређивања непосредног испитивања вештака после извођења доказа и расправе странака, што указује на примарно право странака да расправљају о доказу; извођење доказа ван главног претреса из члана 404 ЗКП, пред председником већа/судијом чланом већа, по одлуци већа, на начин предвиђен правилима о извођењу доказа на главном претресу, који подразумева једнако обавештавање странака и браниоца о спровођењу доказних радњи, те право странака на непосредно испитивање сведока и једнаку расправу приликом извођења доказа; упознавање суда са садржином писмена и снимака (записника о увиђају, о претресању, потврде о привремено одузетим предметима и исправе које служе као доказ), вршењем увида/изношењем садржине укратко/читањем из члана 405 ЗКП, типичним у кривичнопроцесним системима без обзира на усвојени модел истраге, као и упознавање са садржином записника о исказима из члана 406 ЗКП, по образложеној одлуци већа.

Полазећи од стандарда развијених у пракси ЕСЉП у погледу „права окривљеног на оспоравање сведока оптужбе“, налази се да коришћењу списа из ранијих фаза поступка уместо непосредног извођења доказа може да се прибегне ако „постоје посебно добри разлози“.¹³⁵⁶ У правној теорији се закључује да четврта ситуација представља законски механизам који је „најкрупније и процесно најдалекосежније одступање од објективног аспекта начела непосредности у извођењу доказа на главном претресу“.¹³⁵⁷ Обухвата упознавање са садржином записника о исказима у случајевима лимитативно побројаним и утврђеним: 1. „одсутни“/недоступни сведоци, који *exempli causa* обухватају лица умрла,

¹³⁵² М. Шкулић (2018 b), стр. 630.

¹³⁵³ С. Бејатовић (2019), стр. 106.

¹³⁵⁴ Giulio Illuminati, стр. 571.

¹³⁵⁵ Вид.: М. Дамашка (2006), стр. 9 – 11.

¹³⁵⁶ Т. Бугарски (2011), стр. 156.

¹³⁵⁷ М. Шкулић, Т. Бугарски, *Кривично процесно право*, Универзитет у Новом Саду - Правни факултет, Нови Сад 2015, стр. 468.

душевно оболела, која се не могу се пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других разлога¹³⁵⁸, који случајеви се сматрају оправданим, разумним и легитимним према пракси ЕСЈП; 2. постојање *сагласности странака* да се суд упозна са садржином записника о исказима сведока/вештака који нису присутни уместо непосредног испитивања (без обзира да ли су позвани или не), што је суштински одрицање странака од права да на главном претресу испитују сведоке/вештаке; 3. сведок/вештак *непосредно испитани пред истим председником већа или ван главног претреса* у складу са правилима о извођењу доказа ван главног претреса, у којим случајевима се пружају нормативне гаранције осигурања расправности; 4. *сведок/вештак без законског разлога одбија да да исказ на главном претресу*, па се омогућава да се не испитују „заstraшени“ сведоци који су раније дали исказ у истрази, што је нарочито спорно, јер се у истрази предвиђа дозвољено лишавање права одбране да присуствују испитивању сведока пред тужилаштвом посебне надлежности; 5. читање записника о исказима *саоптуженог према коме је поступак раздвојен/већ окончан* правноснажном осуђујућом пресудом уместо да се некадашњи саоптужени позивају и испитују у својству сведока, што одражава тежњу очувања начела монофункционалности (неспојивости процесних функција).

Законик о кривичном поступку од 2011. године, прихвата бројне адверзијалне елементе на главном претресу у циљу заштите и унапређења једнакости „оружја“ стриктним раздвајањем процесних функција, паралелноводећи формалну јавнотужилачку истрагу чији ће резултати у више таксативно наведених случајева моћи да се користе на главном претресу, те бити основ за пресуду (атипично за класичне адверзијалне поступке) и уједно широкопрописујући одступања од начела непосредности у објективном смислу, што је инквизиторски елемент кривичног поступка и одражава тежњу трагања за истином. Управо изузеци од начела непосредности утврђени у члану 406 ЗКП, који подразумевају коришћење писаног исказа као доказа, усмеравају пажњу на истрагу и поштовање права на одбрану у истрази. У савременим кривичнопроцесним системима у одређеним случајевима оправдани су и разумни изузеци од начела непосредности, па се под одређеним условима докази изведени у претходним фазама поступка могу користити, али се и о таквим доказима може расправљати.¹³⁵⁹ Основни проблем је да се докази из члана 406 став 1 тачка 1, 2, 4 и 5 ЗКП („одсутни“/недоступни сведоци, постојање сагласности странака да се веће упозна са записницима о исказима сведока/вештака уместо њиховог непосредног испитивања, сведок/вештак без законског разлога ускрати исказ на главном претресу, исказ саоптуженог према којем је кривични поступак раздвојен/већ правноснажно окончан правноснажном осуђујућом пресудом) најчешће изводе и обезбеђују у истрази од стране јавног тужиоца¹³⁶⁰ који је на главном претресу странка у кривичном поступку, без суделовања суда

¹³⁵⁸ Правна теорија ове ситуације обухвата појмом „објективна немогућност сведока да присуствује главном претресу“ под којом се подразумевају „случајеви који се не могу приписати „у кривицу“ странкама или самом сведоку“ и указује да би у случају постојања „релативне немогућности“ присуствовања главном претресу требало дати предност „судском испитивању сведока ван главног претреса“. В. Бајовић (2020), стр. 20, 24.

¹³⁵⁹ М. Шкулић (2019 а), стр. 28.

¹³⁶⁰ У правној теорији се опомиње да је нелогично када је истрага јавнотужилачка и води је сам јавни тужилац да њен циљ буде и обезбеђење доказа, јер то може да чини суд у одређеном облику функционалне надлежности, као што је судија за претходни поступак, како је означен у нашем важећем Законик о кривичном поступку или судија за истрагу (нпр. у Црној Гори или Немачкој). Више о томе: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 65 – 69.

На основне недостатке овог циља истраге у контексту јавнотужилачке истраге се и указује у издвојеном мишљењу судије Шкулића на решење Уставног суда IУз-62/2018 од 18.4.2019. године: 1. циљ типичне јавнотужилачке истраге морао би да буде прибављање доказа који су потребни за подизање

у извођењу доказа и без обавезе снимања, осим када је реч о поступку који се води за кривична дела у надлежности јавног тужилаштва посебне надлежности у којем постоји обавеза тонског снимања. Законодавац прихвата јавнотужилачку истрагу и истовремено преузима сличне основе (у извесној мери сада проширене) за одступање начела непосредности у погледу личних доказа из претходно важећег законика, који су се примењивали у условима истраге спроведене од стране истражног судије, те су били судски докази¹³⁶¹. Додатно, у судској истрази били су присутни елементи начела расправности.

Суд се, према важећем решењу, упознаје са садржином записника о исказима сведока оптужбе, који нису пред истим судом изведени односно нису уопште изведени пред судом. При томе, за разлику од ранијег Законика који је утврђивао начело истине и активну доказну улогу суда, доказна улога суда сада је значајно лимитирана, чиме се суд ограничава да одреди извођење доказа макар и у корист одбране. О исказима сведока из истраге странке не расправљају, већ сведоке испитује јавни тужилац као орган поступка, у случајевима када је дозвољено и без присуства одбране, а докази се прихватају од стране суда и на њима се заснива пресуда. Када је одбрана присутна, има право да постави питање сведоку преко јавног тужиоца, због чега услови приликом испитивања сведока оптужбе нису исти за обе странке. С друге стране, тужилац има пуно право на главном претресу да испита сведоке одбране у унакрсном испитивању, те се сведоци оптужбе и одбране не испитују под једнаким условима, због чега се може довести у питање равноправност њиховог положаја.

Примена изузетака од начела непосредности постаје важна за начело једнакости „оружја“, ако су у истрази осумњичени и његов бранилац онемогућени да присуствују испитивању саосумњиченог и сведока/вештака, што је замисливо у законом утврђеним ограничењима права на одбрану (истраге против непознатог учиниоца, испитивање сведока од стране јавног тужилаштва посебне надлежности без позивања осумњиченог и његовог браниоца, испитивање сведока/вештака по одобрењу судије за претходни поступак) или су им права да постављају питања сведоку у току предузимања доказне радње ограничена (посебно осетљиви, заштићени сведоци). Када се примени изузетак од начела непосредности, начело једнакости „оружја“ угрожено је и због ограничења права на одбрану у истрази која се тумаче у јавнотужилачкој пракси – саслушање саосумњиченог, без обавештавања и присуства другог осумњиченог и његовог браниоца.

Предмет разматрања је повреда права окривљеног на испитивање сведока и права на правично суђење у целости због упознавања са садржином записника о исказима сведока датим у истрази (одсутни, анонимни, застрашени сведоци), те записника о саслушању саокривљених према којима је поступак раздвојен и раније осуђених саучесника, као и ограничења права на одбрану ради примене мера заштите према посебно осетљивим сведоцима. Резултати треба да буду и практична смерница јавним тужиоцима заважне околности за одлучивање о ограничењу права на одбрану у истрази.

оптужнице/одустајање од гоњења, што је карактеристика „демократски оријентисаних кривичнопроцесних система“; 2. оставља се изузетно штетна могућност за „веома екстензивно одступање од начела непосредности, што је наравно и од непосредног утицаја на девалвирање начела правичног поступка“.

¹³⁶¹ Претходно важећи Законик о кривичном поступку (члан 337 став 1) утврђивао је могућност да се „записници о исказима саокривљених или већ осуђених учесника у кривичном делу“ по одлуци већа могу прочитати само у случајевима немогућности или знатно отежаног доласка пред суд (сада предвиђеним чланом 406 став 1 тачка 1 важећег ЗКП – а, које је обухватао), третирајући суштински саокривљене као сведоке.

Анализа ризика по остваривање права на одбрану у истрази, те у поступку у целини, показала је потребу, корист и значај за реализацију суштине начела једнакости „оружја“, расправности (контрадикторности) и непосредности, да се у јавнотужилачку истрагу уведе посебна процедура и рочиште – доказно рочиште, у циљу обезбеђења доказа „за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано“, што је према важећем решењу обухваћено као сврха истраге. Доказно рочиште присутно је како у континенталноевропским законодавствима, законодавствима држава које прихватају адверзијалне елементе тако и у регионалним законодавствима.¹³⁶² Омогућава странкама једнаке услове пред судом за постављање питања сведоцима и расправу о исказу сведока (оптужбе или одбране), а с друге стране обезбеђује да се пресуда заснива на доказима изведеним пред судом. Неопходност увођења доказног рочишта ће потврдити и допунити даља разматрања.

4.1. Упознавање са садржином записника о исказима „одсутних“ (недоступних) сведока

Упознавање са садржином записника о исказима сведока датим у истрази, на супрот непосредном испитивању сведока пред судом и у присуству странака и браниоца на јавном главном претресу, инквизиторски је елемент кривичног поступка.¹³⁶³ Пресуда се уместо на исказима о којима су странке расправљале пред судом, на главном претресу, заснива на писаној исправи (записнику јавног тужиоца из истраге) у којој је забележен садржај изјава. У исправу која садржи исказ и служи као доказ, извршиће се увид или ће председник већа укратко изнети њену садржину или је прочитати, ако веће оцени да за тим постоји потреба (члан 405 став 1 ЗКП).

Законик о кривичном поступку у члану 406 став 1 тач. 1, 2 и 4 ЗКП, утврђује у којим случајевима је прихватљив доказ у кривичном поступку исказ сведока дат у истрази (постојање важног разлога за одсутност сведока, сагласност странака са упознавањем са садржином записника о исказу сведока, сведок без законског разлога неће да да исказ).

Са аспекта начела једнакости „оружја“ проблем настаје ако окривљеном није пружена „адекватна и права прилика“ („делотворна прилика“) да поставља питања таквом сведоку оптужбе, лично или преко браниоца, те да преиспитује „истинитост и поузданост“ његовог исказа. Тиме му је ускраћено моћно „оружје“ у односу према јавном тужиоцу који је испитивао сведока у истрази.

„Нетестирани“/„непреиспитани“/„непроверени“ сведоци („*untested witnesses*“), према судској пракси ЕСЉП, сведоци су чији кредибилитет личности и исказа није оспораван унакрсним испитивањем и „суочењем“ на главном претресу. Заснивање пресуде на њиховим исказима, представља меру *ultima ratio* која се предузима ако се утврди да постоји *оправдани разлог*. Примењује се уколико према механизмима правног система није могуће обезбедити

¹³⁶² Доказно рочиште прихватају законодавства Црне Горе, Босне и Херцеговине, Македоније, Хрватске, Немачке (*richterliche Vernehmung*), типичног представника континентално – европског типа поступка, Италије (*incidente probatorio*), у чијем кривичном поступку су усвојени бројни адверзијални елементи. Нарочито детаљно уређење доказног рочишта је у хрватском праву (чл. 235 – 238 ЗКПХ).

¹³⁶³ Пред нижим судовима у Француској и Белгији, записник полиције о испитивању сведока (*procès – verbaux*), унет у „досије“ има статус доказа, а пред *cour` assises*, у теоријском смислу, начелно се од сведока тражи да изнесу доказе, али председник суда има овлашћење да прочита суду такав записник о изјави одсутног сведока. Вид. J. R. Spencer (2002 b), стр. 619.

присутво сведока пред судом. Коришћење ових доказа захтева нарочиту обазривост и пажњу суда.

Разлози за читање исказа датих у истрази пред јавним тужиоцем треба да буду изузетног карактера да би оправдали одступања од начела непосредности, расправности¹³⁶⁴ и једнакости „оружја“. Овај вид ограничења права на одбрану, не смесуштински да повређује право на одбрану, са аспекта правичности поступка у целини. Поставља се питање да ли су у конкретном случају права одбране „сачувана“ у смислу права на правично суђење. Испитивање сведока на суду и јавно мора да сепокаже „немогућим“, а одбрани се мора пружити адекватна и одговарајућа прилика да оспори и испита сведока оптужбе, било у време када је износио изјаву или у каснијој фази поступка.¹³⁶⁵

Прихватање исказа сведока из истраге, уместо испитивања сведока на главном претресу, само по себи, није нужно противно члану 6 Конвенције, јер се правичност кривичног поступка цени узимајући у обзир поступак у целини према критеријумима односно троделним тестом који је поставио и структурално анализирао ЕСЉП у случају *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom* (у делу који се односи на првог подносиоца представке), од којег се полазило у накнадним пресудама Суда.¹³⁶⁶

Први критеријум је постојање „доброг разлога“ („*good reason*“) да се исказ одсутног сведока користи као доказ, без испитивања од стране одбране у смислу члана 6 став 1 и став 3 (д) Конвенције. Други је правило „искључивог или одлучујућег доказа“ (*sole or decisive rule*). Захтева оцену суда да ли је исказ сведока искључиви или одлучујући доказ за осуђујућу пресуду. Трећи, односи се на оцену да ли је било довољно „фактора уравнотежења“ („*counterbalancing factors*“), укључујући и јаке процесне гаранције („*strong procedural safeguards*“) који се у целини посматрају.

4.1.1. Англосаксонске идеје у троделном тесту ЕСЉП

Два теста сведочких тврдњи произлазе из *hearsay* принципа: 1. *излагање унакрсно испитивању* – тврдње се износе под таквим околностима да противник има адекватну прилику, ако жели, да испитује истинитост тврдњи питањима на која сведок може да одговори; 2. *суочавање са противником и трибуналом* – у њиховом присуству износе се тврдње и дају одговори.¹³⁶⁷ Суочење је намењено примарно да обезбеди прилику за унакрсно испитивање, а секундарно да обезбеди прилику да се посматра понашање сведока док сведоче.¹³⁶⁸

¹³⁶⁴ Према начелу расправности сви докази морају да се предоче у присуству окривљеног на јавној расправи, где се могу оспорити у контрадикторној расправи, а то право такође укључује могућност испитивања сведока. Вид.: J. Омејес, стр. 1147.

¹³⁶⁵ *Asch v. Austria*, ЕСтHR, App. no. 12398/86, 26 April 1991, para 27

¹³⁶⁶ Вид.: *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ЕСтHR, App. no.26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 119; *Schatschaschwili v. Germany*, ЕСтHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 107; *Seton v. United Kingdom*, ЕСтHR, App. 55287/10, 31 March 2016, final on 12/9/2016, para 58 – 59

¹³⁶⁷ John Henry Wigmore, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston 1942, стр. 259.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, стр. 260.

Дамашка, указује да се англосаксонске идеје о регулисању деривативних доказа налазе у пресудама ЕСЈП, у погледу доказа оптужбе.¹³⁶⁹ У правној теорији примећује се да строга правила о изузимању доказа уједно отежавају тужиочев терет доказивања и штите интересе одбране.¹³⁷⁰

Изузетке од крутог правила о забрани коришћења деривативних доказа („*hearsay*“), у које спадају и записници о испитивању лица од стране полиције („*written hearsay*“), у Енглеској и Велсу садрже чланови 23 – 26 Закона о казненој правди од 1988. године (*Criminal Justice Act*). Приметно је да поменути изузеци помињу критеријуме који су у извесној мери слични са онима на које се позивају тестови ЕСЈП. 1. „*оправдани разлог*“ („*особа умрла или због физичког или менталног стања није у могућности да наступи као сведок*“); 2. води се рачуна о томе да ли је „*у интересу правде допустити изјаву*“; 3. параметри које је потребно имати у виду: „*важност доказа коју изјава пружа*“ за било које релевантно питање, „*да ли је могуће оспорити изјаву особе ако не присуствује на усменој расправи у поступку*“, „*било који ризик који би настао прихватањем као доказа такве изјаве по правичност према оптуженом*“. Додатак 2 Закона односи се на чиниоце процене тежине изјаве: 1. *веродостојност и доследност аутора изјаве* 3. *лично сведочење или могућност унакрсног испитивања* 4. *узимање у обзир „свих околности из којих се разумно могу извести закључци у погледу њене истинитости*.“¹³⁷¹

Закон о казненој правди (*Criminal Justice Act*) од 2003. године, ступио на снагу 2005. године, садржи сложена правила о прихватању „*доказа по чувењу*“ и критеријуме за „*задовољење интереса правде*“. Параметри се односе на оцену: 1. саме изјаве (доказна вредност изјава, важност питања, важност доказа, околности у којима је дата изјава, поузданост аутора, поузданост доказа); 2. постојања других доказа; 3. тешкоћа за оспоравање изјаве (опсег могућности довођења странке „у неповољан положај“) и 4. могућности давања усмене изјаве (разлози за немогућност). Закон прописује и оцену судије (након што тужилаштво заврши изношење предмета) да ли је случај против окривљеног „у потпуности или делимично заснован на доказу по чувењу“, те да ли је уверен да је таква изјава „толико неуверљива да би, с обзиром на њену важност, осуда била неправилна“, када треба да обустави поступак.¹³⁷²

Вигмор (*Wigmore*) издваја услове који допуштају ослобођење суочења са судом, у погледу писаних изјава и ранијег сведочења, уз захтевање прилике за унакрсно испитивање. Обухватају околности које лично присуство сведока чине неизводљивим: смрт сведока; одсутност осим ако суд сматра разумним да се одложи суђење или да захтева напоре да се обезбеди његово присуство; немогућност да се сведок пронађе након марљиве потраге; болест, немоћ, старост, у случају да би њихово присуство било неизводљиво или опасно; ако је противник осигурао да сведок буде одсутан; ако је привилегован сведок због службене дужности; ако је пребивалиште сведока удаљено од места суђења да би његово присуство узроковало претерану тешкоћу; ако је дошло до дисквалификације сведока од сведочења због душевне болести, интереса, нечасности или друге околности; ако из другог разлога судећи судија сматра да је сведок недоступан.¹³⁷³

¹³⁶⁹ М. Дамашка (2001), стр. 46.

¹³⁷⁰ В. Бајовић (2015), стр. 122.

¹³⁷¹ Доступно на <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents>, приступљено 18. јануара 2020.

¹³⁷² Доступно на <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>, приступљено 18. јануара 2020.

¹³⁷³ Вид.: J. H. Wigmore, стр. 266 – 267.

Издавају се два схватања конфронтације у САД која имају практичне импликације. 1. *Уставом обезбеђено право појединца*, које држава може укинути само у најтежим околностима, ако постоји противтежући "уверљиви" државни интерес; 2. *Техника која осигурава поузданост информација на суђењу*, коју друге технике осигурања поузданости могу заменити, све док оне једнако одређују истину.¹³⁷⁴

Важна је анализа у судској пракси САД односа конфронтационе клаузуле и правила о прихватању „доказа по „чувењу“, са аспекта јавне политике и потреба случаја.¹³⁷⁵ Врховни суд САД, примењујући право на суочење и унакрсно испитивање позива се на *тестове доступности сведока адекватне и довољне прилике за унакрсно испитивање* (чињење напора да се обезбеди присуство „сведока“, присуство браниоца прелиминарном саслушању) и развија их.¹³⁷⁶ Показатељи поузданости вансудске изјаве (истрага поузданости) и недоступности не захтевају се када је реч о прихваћеним изузецима од *hearsay* доказа.

Ране одлуке Врховног суда слажу се да захтев за конфронтацију није апсолутан и да се не смеју узнемиравати изузеци *common law –a*.¹³⁷⁷ Међутим, на значај конфронтационе клаузуле указује став Врховног суда САД од 2004. године да би у начелу право на конфронтацију могло да се наруши прихватањем *hearsay* доказа.¹³⁷⁸ Из судске праксе Врховног суда САД произлази да је допуштено коришћење исказа сведока за којег се претходно утврдило да је недоступан ако је пре суђења задовољено право окривљеног да унакрсно испита сведока, односно ако је окривљени имао адекватну прилику да претходно унакрсно испита сведока.¹³⁷⁹

¹³⁷⁴ Christopher K. Tahbaz, „Fairness to the End: The Right to Confront Adverse Witnesses in Capital Sentencing Proceedings“, *Columbia Law Review*, vol. 89, 6 /1989, стр. 1360.

¹³⁷⁵ У пресуди *Mattox v. United States*, констатује се да постоје ограничења уставних одредаба. Описује се легитимност изузетака „признатих много пре усвајања Устава, који уопште не задиру у његов дух“. Међутим, општа правила закона ове врсте, колико год била корисна у њиховој примени и драгоцене за оптуженог, морају повремено уступити место разматрањима јавне политике и потребама случаја. Рећи да би криминалац, након што је једном био осуђен сведочењем одређеног сведока, требао ићи слободан, једноставно зато што је смрт затворила уста тог сведока, уставну заштиту би довело у неоправдану меру. Закон, у својој мудрости, изјављује да се права јавности не смеју у потпуности жртвовати како би се оптуженом осигурала случајна корист“. *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895), 243., доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/237/>, приступљено 4. јуна 2019.

¹³⁷⁶ О томе: E. N. Griswold, стр. 715–719.; *Confrontation: The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 62, No. 4 (Dec., 1971), *Published by: Northwestern University Pritzker School of Law Stable URL*, стр. 518., доступно на <https://www.jstor.org/stable/1141704>, приступљено 24. маја 2019.

¹³⁷⁷ *Confrontation: The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 62, No. 4 (Dec., 1971), *Published by: Northwestern University Pritzker School of Law Stable URL*, стр. 517., доступно на <https://www.jstor.org/stable/1141704>, приступљено 24. маја 2019.

¹³⁷⁸ JR Spencer (2008), стр. 43.

¹³⁷⁹ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>, приступљено 29. августа 2020.

Најважније околности о којима треба водити рачуна да би се утврдила адекватна прилика за унакрсно испитивање сведока ради испуњавања захтева и циљева конфронтационе клаузуле издавају се у пракси: допуштање браниоцу/окривљеном да поставе усмено питања сведоку, омогућавање окривљеном обелодањивања доказа довољно унапред у односу на давање исказа, аудио и видео снимање давања изјава и довољан квалитет снимања за извођење доказа пред судом, захтевање од сведока да одговори на сва постављена питања. Вид. Jessica Smith, „Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant’s Confrontation Rights“, *Administration of Justice Bulletin* No. 2013/02, стр. 16.

доступно на <https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/reports/aojb1302.pdf>, приступљено 30. августа 2020.

4.1.2. Примена троделног теста ЕСЉП

За остваривање начела једнакости „оружја“ битно је да ли је у погледу права странака, а сагледавајући поступак у целини, успостављена *правична равнотежа*. Значајан фактор уравниотежења је присуство одбране доказној радњи испитивања сведока у истрази и стварање прилике да осумњичени и бранилац постављају питања сведоку, правилно и тачно вођење записника (уношење што верније питања одбране и одговора сведока). У вези са разлозима за коришћење ових исказа сведока и заснивање пресуде на њима, повреде и ограничења права одбране у истрази могу да постану релевантне за поступак у целини.

1. Релевантни разлози за упознавање са садржином записника о исказима сведока су: смрт лица, душевна болест, немогућност проналажења, немогућност доласка пред суд или знатно отежан долазак пред суд због болести, старости или других важних разлога (члан 40б став 1 тачка 1 ЗКП). Законик најпре наводи *exempli causa* шта обухватапојам „добар разлог“, док је у другом делу норма својеврсна „каучук одредба“ која дозвољава тумачење на основу сличности. Ипак овај „други разлог“ свакако мора бити „леgitиман разлог“.¹³⁸⁰

Поменути разлог је према пракси ЕСЉП први критеријум за оцену правичности поступка у целини. Чињеничне је или правне природе. Одговара на питање да ли је неопходно да сведок лично не сведочи. Два типа разлога су „одсутност сведока“ и „заstraшеност сведока“¹³⁸¹.

Из праксе ЕСЉП произлази више одлика овог критеријума. Прва два критеријума су у међусобној вези, али је „добар разлог“ „прелиминарно питање“ у односу на оцену *sole or decisive rule*. Ако се нађе да није испуњен први услов, ипак се у бројним случајевима тест спроводи у целости и до краја, али „недостатак доброг разлога за одсуство сведока оптужбе веома је важан фактор који се мора одмерити у равнотежи када се процењује свеукупна правичност суђења и може да преокрене равнотежу у корист проналажења кршења члана 6 став 1 и 3 (д) Конвенције.“¹³⁸²

Постојање законских правила на основу којих би сведоци могли да се изведу пред суд, односно која би прописивала мере обезбеђивања њиховог присуства, битна је претпоставка за остварење права на одбрану.¹³⁸³ Опште мере за обезбеђење присуства сведока према ЗКП су позив (члан 193 став 2 ЗКП), те мере процесне принуде довођење и новчано кажњавање (члан 101 ЗКП, члан 384 ст. 1 и 3 ЗКП). Упозорење о процесним дужностима мера је којој се прибегава у односу на сведоке, правно неке учеснике у поступку (члан 95 став 3 ЗКП). Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима утврђује предузимање доказних радњи замолним путем.

¹³⁸⁰ *Lučić v. Croatia*, ECtHR, App. no. 5699/11, 27 February 2014, final on 27/5/2014, para 73

¹³⁸¹ Оправдани разлог може бити и одбијање сведока да сведочи „уз образложење да постоје околности које указују на то да би давањем исказа себе или блиско лице изложио опасности из члана 105 став 1 ЗКП (члан 107 став 4 ЗКП).“ Вид.: Г. П. Илић *et al.*, стр. 975.

Препорука о застрашивању сведока и правима одбране од 10. септембра 1997. године наводи коришћење претпретресних изјава датих пред судским органима као доказа на суду ако: 1. није могуће да се сведоци појаве пред судом или 2. појава на суду може да доведе до „велике и стварне опасности за живот и сигурност сведока, њихових рођака или других блиских особа“.

¹³⁸² *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 113

¹³⁸³ Непостојање релевантних правила не оправдава, није извињавајућег карактера. Поменуто се између осталог цени у предмету *Mild and Virtanen v. Finland*, ECtHR, App. nos. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005, final on 26/10/2005, para 47

Други основни предуслов је „марљивост домаћих судова“ у предузимању потребних мера односно „позитивних корака“. „Марљивост“ подразумева чињењесвих „разумних напора у постојећем правном оквиру радиосигурања присуства сведока“, примена „разумних средстава“ у оквиру надлежности.¹³⁸⁴ Ако се исцрпе све мере које су на располагању, примењује се принцип „*impossibilium nulla est obligatio*“.

Смрт сведока један је од типичних „добрих разлога“. Представља апсолутну немогућност обезбеђивања присуства сведока, за коју државни органи не могу да буду одговорни.¹³⁸⁵

Болест сведока¹³⁸⁶ (физичка, психичка) мора да буде озбиљна. Начелно, битно је да окривљени имају могућност оспоравања исказа лица, који се користи као доказ, током суочења или испитивања, или у јавности или, ако је то неопходно, у стану лица које даје изјаву.¹³⁸⁷ Потребна је медицинска документација која доказује озбиљну болест. Затим, суд треба да цени ли је упознавање са садржином записника мера *ultima ratio* односно да ли су испуњени услови за примену других радњи и мера уз које се поштују права на унакрсно испитивање. Алтернативна мера може да буде испитивање ван главног претреса под условима из члана 404 ЗКП. Суд најпре цени да ли је *искаказ важан*, те има могућност да донесе наредбу да сведока ван главног претреса испита председник већа и судија члан већа, непосредно или путем техничких средстава за пренос слике и звука. У поменутом случају, окривљени и бранилацобавештавају се о предузимању доказне радње и упозоравају да имају права на испитивање сведока.

Дужност активног трагања за сведоком, ако је суду непознато где се сведок налази, подразумева да се предузме све што је „разумно било могуће да би се осигурала присутност сведока“.¹³⁸⁸ Ове радње су практичне мере тражења података од надлежних државних органа, пре свега од полиције, о боравишту сведока и други вид активног и разумно могућег деловања надлежних државних органа ради позивања или довођења сведока, укључујући и контактирање сведока преко његовог броја телефона, ако је доступан, испитивање чланова породице сведока и пријатеља сведока. Активно деловање доказује се примера ради позивима, полицијским извештајима, дописимау комуникацији државних органа.

Одсутност сведока из државе у којој се води кривични поступак сама по себи није довољан разлог који би испуњавао захтеве члана 6 став 3 (д) Конвенције, те правдао изостанак са суђења, а важна су сазнања о месту боравка, детаљима одсуства, да ли је

¹³⁸⁴ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 139

У конкретном случају, први критеријум био је задовољен. Сведоци су најпре убеђивани слањем дописа да сведоче пред судом у Немачкој, па им се наглашавало да ће добити заштиту, да ће њихови трошкови настали поводом суђења бити надокнађени, чак су и питани о којим околностима су спремни да сведоче на суђењу. Затражена је међународнаправна помоћ предузимања радње саслушања сведока преко аудио – визуалне везе, у складу са Европском конвенцијом о узајамној помоћи у кривичним стварима. Путем аудио – визуелне везе (видео – конференцијске везе) оптужени и браниоци, суд и тужилаштво, могли би да постављају питања сведоцима. Затим, предлагано је да их у иностранству саслуша медицински службеник (*Amtsarzt*) или, да се принуде да приступе саслушању, што је све било безуспешно.

¹³⁸⁵ *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, ECtHR, App.no. 19874/92, 7 August 1996, para 52

¹³⁸⁶ О здравственом разлогу за одсутност вид. примере: *Bobeş c. Roumanie*, ECtHR, Requête no 29752/05, 9 juillet 2013, définitif 9/10/2013, para 39–40; *Vronchenko v. Estonia*, ECtHR, App. no. 59632/09, 18 July 2013, final on 18/10/2013, para 58; *Matytsina v. Russia*, ECtHR, App. no. 58428/10, 27 March 2014, final on 27/6/2014, para 163

¹³⁸⁷ *Bricmont v Belgium*, ECtHR, App 10857/84, 7 July 1989, para 81

¹³⁸⁸ *Lučić v. Croatia*, ECtHR, App. no. 5699/11, 27 February 2014, final on 27/5/2014, para 79

одсутност привремена или трајна, те да ли се очекује повратак у државу или посета у догледној будућности.¹³⁸⁹ Потребно је размотрити да ли се могу предузети механизми међународне правне помоћи уз примену процесних мера као што су успостављање видео – конференцијске везе, могућност да одбрана поставља питања писаним путем.

2. Примена другог теста наслућује се у случају *Unterpertinger v. Austria*.¹³⁹⁰ Дамашка запажа да се у англосаксонском праву када је реч о деривативним доказима, „често тражи короборација: деривативни доказ мора се поткријепити другима, ако се на њему жели утемељити пресуда“ односно „на самом том деривативном доказу не може се темељити пресуда.“¹³⁹¹

У случају *Doorson v. The Netherlands*, Суд налази да би била неправична осуда „заснована искључиво или у одлучујућој мери на исказу сведока за кога постоји добар разлог за непозивање.“¹³⁹² Овим тестом проверава се да ли су права одбране окривљеног била „неоправдано ограничена“.

Оцена да ли је исказ сведока искључиви или одлучујући доказ за осуду, захтева претходну анализу појмова. „Искључиво“ означава ситуацију у којој је доказ „једини доказ за осуду“. Појам „одлучујући доказ“: 1. треба уско тумачити у смислу доказа такве вредности или значаја да би вероватно били одлучујући за исход поступка; 2. подразумева постојање других доказа који га потврђују и који су били подложни унакрсном испитивању пред судом на главном претресу; 3. обухвата оцену јачине поткрепљујућих доказа, при чему што су ти докази јачи, „то је мање вероватно да ће се доказ одсутног сведока тумачити као одлучујући.“¹³⁹³

Европски суд за људска права преиспитује закључак односно процену домаћег суда у погледу тежине тих доказа. Оцена домаћег суда не може да буде уопштена нити произвољна, у противном Суд даје сопствену оцену. Од важности доказа који ће дати одсутни сведок зависиће коју тежину унети фактори уравнотежења морају да имају да би се осигурала укупна праведност суђења.¹³⁹⁴

У пресуди *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, не прихвата се као нефлексибилно правило „искључивог или одлучујућег доказа“.¹³⁹⁵ Заузима се став да повреда

¹³⁸⁹ *Gabrielyan v. Armenia*, ECtHR, App. 8088/05, 10 April 2012, final on 10/7/2012, para 81–82

¹³⁹⁰ Суд налази да изјаве два привилегована сведока (која су одбила да сведоче на главном претресу у складу са законским правом) нису биле једини докази пред судовима, али да је јасно да је подносилац представке осуђен „углавном“ на основу изјаве ових сведока. *Unterpertinger v. Austria*, ECtHR, 9120/80, 24 November 1986, para 33

¹³⁹¹ М. Дамашка (2001), стр. 45.

¹³⁹² Суд претходно цени да ли постоји „релевантан разлог да се обезбеди анонимност сведока“. Даље, испитује „поступак уравнотежења“ („*counterbalancing procedure*“), спроведен пред истражним судијом, те налази да је било довољно да одбрана оспорава исказе анонимних сведока и преиспитује њихову поузданост. Затим, подсећа да чак и када се утврди да су „поступци уравнотежења“ довољни да се надокнаде недостаци са којима се суочава одбрана, „осуда не треба да буде утемељена искључиво и у одлучујућој мери на анонимним изјавама“, што није била ситуација у овом случају. *Doorson v. The Netherlands*, ECtHR, 20524/92, 26 March 1996, para 76

¹³⁹³ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 131

¹³⁹⁴ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 117

¹³⁹⁵ Суд предвиђа да би искључив став у примени овог правила претворио „конкретно правило у туп и некритичан инструмент супротан традиционалном приступу Суда питањима целокупне правичности

овог правила не значи сама по себи да поступак у целини није правичан у смислу члана 6 став 1 Конвенције, те се захтева и примена трећег теста. Међутим, опасност од прихватања таквог доказа огледа се у томе што је, као и одсуство „*доброг разлога*“, веома значајан чинилац за равнотежу поступка у целини.

Трећи тест примењујесе у случајевима када је нејасно да ли су релевантни докази једини или одлучујући, али је постојало уверење¹³⁹⁶ да су они имали значајну тежину и да је њихово прихватање могло угрозити одбрану.¹³⁹⁶

3. Улога расположивих фактора уравнотежења треба да буде да надокнаде недостатке проузроковане одбрани прихватањем непроверених (нетестираних) доказа и да тако обезбеде да је суђење у целини правично.¹³⁹⁷ Њихова примена сагледава се са аспекта кривичног поступка у целости. Ако је резултат другог теста процена да је исказ одсутног сведока искључиви или одлучујући, поступак треба да се подвргне „најоштријем испитивању.“¹³⁹⁸ Релевантни елементи који се најчешће помињу су: приступ суда овим доказима, доступност и јачина других инкриминишућих доказа и процесне мере предузете да би се надокнадио недостатак прилике да се сведок испита на суђењу.¹³⁹⁹

Приступ суда приликом оцене веродостојности исказа одсутних сведока треба да буде нарочито обазрив и критичан да би се поузданост доказа адекватно оценила. Овакав приступ подразумева да се обавезно приступа провери садржаја исказа и кредибилитета сведока извођењем других доказа.¹⁴⁰⁰ Суд треба да буде у могућности да адекватно цени исказ сведока (нпр. могућност увида у снимак испитивања сведока да би посматрао његово понашање). Цени се и да ли постоји поклапање садржаја исказа са другим доказима иако постоји поклапање, у којој мери, односно у којој мери су присутне противречности. Поузданост исказа овог сведока се „тестира у светлу поткрепљујућих доказа“. Из пресуде националног суда треба да следи да се нетестираним „непровереним“ доказима приступило са „одређеним опрезом“ или да се даје „мања тежина таквим изјавама“.¹⁴⁰¹

Поткрепљујући докази одређују се као докази из „друге руке“ (изјаве лица којима је одсутни сведок одмах пријавио догађај, или лица којима се пожалио) и други поткрепљујући (оптужујући) докази – додатни докази¹⁴⁰² (изјаве лица које поткрепљују изјаве сведока и материјални докази). Са посебном пажњом цене се докази „из друге руке“ – „сведоци по чувењу“ (*hearsay evidence*).¹⁴⁰³ Цени се колико су сагласни са додатним доказима, да ли се

поступка, наиме уравнотежењу супротстављених интереса одбране, жртава и сведока са јавним интересом ефикасног спровођења правде“ (para 146).

¹³⁹⁶ *Seton v. United Kingdom*, ECtHR, App. 55287/10, 31 March 2016, final on 12/9/2016, para 59

¹³⁹⁷ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 145

¹³⁹⁸ *Lučić v. Croatia*, ECtHR, App. no. 5699/11, 27 February 2014, final on 27/5/2014, para 73

¹³⁹⁹ *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 145

¹⁴⁰⁰ Закон о казненој правди од 2003. године дефинише „напад на карактер другог лица“ (“*Attack on another person’s character*”) као радњу: (а) изношења доказа који нападају карактер друге особе, (б) постављања питања у унакрсном испитивању која имају за циљ да доведу до таквих доказа, или је вероватно да ће то учинити, или (ц) давања доказа о импутирању (стављању на терет дела) (106).

¹⁴⁰¹ *Dadayan v. Armenia*, ECtHR, App. no. 14078/12, 6 September 2018, final on 6/12/2018, para 54

¹⁴⁰² У случају *Paić v. Croatia*, Суд налази да нису предузети озбиљни напори државних органа да се прибаве додатни докази. *Paić v. Croatia*, ECtHR, App. no. 47082/12, 29 March 2016, final on 29/6/2016, para 44–50

¹⁴⁰³ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 131

поклапају (веродостојност, поузданост, сагласност са другим доказима). Ако исказ одсутног сведока има већи значај, поткрепљујући докази морају да буду снажнији.

Постојање *процесних мера уравнотежења* подразумева правни оквир за обезбеђење правичности суђења и његову примену у конкретном случају. У литератури се користи израз „тест равнотеже“ („*balancing test*“).¹⁴⁰⁴ Неке од процесних *мера уравнотежења* су: да је окривљени био упознат са идентитетом сведока што му је омогућавало да преиспитује његов кредибилитет,¹⁴⁰⁵ те дозвољавање извођења доказа којима би се оспоравао кредибилитет; да су окривљени односно његов бранилац имали прилику да присуствују испитивању сведока и да му постављају питања током истраге, или да је постављен бранилац окривљеном да би присуствовао и учествовао у испитивању сведока у истрази; да су окривљени и бранилац унакрсно испитивали сведока из „друге руке“; да је постојао видео снимак испитивања сведока, те је могло да се посматра понашање сведока приликом давања изјаве¹⁴⁰⁶.

Потребно је да су у конкретном случају примењене довољне односно прикладне мере уравнотежења. Довољне мере за уравнотежење су мере које „дају подносиоцу представке низ права која су слична онима која су била "одузета", чак и ако не пружају пуну заштиту коју пружају гаранције које су прекршене“ („разблажена али слична верзија исте гаранције члана 6“).¹⁴⁰⁷ Важна законска мера уравнотежења која се сусреће у упоредном законодавству је доказно рочиште.¹⁴⁰⁸

4.1.3. Упознавање са садржином записника о исказима анонимних и “заstraшених“ сведока

Посебан облик ограничења права на одбрану примењује се када је реч о анонимним и “заstraшеним“ сведоцима. Препорука Савета Европе о заштити сведока и сарадника правосуђа описује да се према овим сведоцима примењују специфичне мере и програми заштите у поступцима чији су предмет “тешка кривична дела, укључујући она која се односе на организовани криминал и тероризам, те кршења међународног хуманитарног права“.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁴ D. Harris *et al.*, стр. 325.

¹⁴⁰⁵ Ова мера и њени резултати сами по себи нису довољни да се отклоне тешкоће настале за одбрану. У случају *Tseber c. République Tchèque*, констатује се да је апелант познајући идентитет сведока приговарао да га је сведок оптужио јер је живео са његовим бившим партнером и припадао украјинској мафији, да су елементе које се односе на сведока износили и саоптужени и други сведоци, али пресуда није садржала разлоге у погледу оцене кредибилитета сведока и његовог сведочења. У овом случају нису постојали други инкриминишући докази који би потрепили изјаве овог сведока. *Tseber c. République Tchèque*, ECtHR, Requête no 46203/08, 22 novembre 2012, définitif 22/2/2013, para 63

¹⁴⁰⁶ *Chmura v. Poland*, ECtHR, App. no. 18475/05, 3 April 2012, final on 3/7/2012, para 50

¹⁴⁰⁷ R. Goss, стр. 141.

¹⁴⁰⁸ Закон о кривичном поступку Немачке током судског саслушања сведока дозвољава присуство странака и браниоца. Након саслушања сведока пружа им се прилика да коментаришу њихове исказе или да им постављају питања (§ 168 (2) StPO).

¹⁴⁰⁹ Термин „угрожени сведок“ („потенцијално угрожени сведок“) користи се „за жртве и сведоке у следећим случајевима: породично насиље, расно мотивисани злочини, верски мотивисани злочини, злочини почињени на основу физичког или менталног инвалидитета, хомофобни и трансфобни злочини, насилни злочини нарочито они који укључују употребу оружја, злочини повезани са бандама и жртве и сведоци прошлог или учесталог узнемиравања или злостављања.“ Stiven Burnsajd, "Smernice o merama zaštite svedoka u međunarodnom pravu i zakonodavstvu Republike Srbije“, *Višekorisnički program Evropske unije 2015: „Saradnja u oblasti krivičnog pravosuđa: Jačanje zaštite svedoka u borbi protiv organizovanog kriminala, terorizma i korupcije(WINPRO III)“*, Београд 2018, стр. 10.

Ограничења права на одбрану прихватљива су само ако се постигне равнотежа између легитимних циљева у демократском друштву: јавног интереса (спречавање криминала, те у ту сврху прибављање доказа), интереса полиције да се обезбеде тајне полицијске методе (анонимност агената), заштита основних права и интереса других (жртава и сведока уопште) и очувања права на правично суђење.

Из праксе ЕСЉП следи да: 1. државе уговорнице треба да организују кривичне поступке тако да интереси сведока уопште и жртава позваних да сведоче нису неоправдано угрожени; 2. ови интереси углавном су обухваћени чланом 8 Конвенције и другим материјалним одредбама Конвенције; 3. „начела правичног суђења захтевају и да се у одговарајућим случајевима *интереси одбране уравнотежавају* са интересима сведока или жртава“.¹⁴¹⁰ „Може да буде неопходно да се у одређеним околностима позове на изјаве дате током истражне фазе, посебно ако сведок одбија да понови свој исказ у јавности због страха за своју сигурност, а то није ретка појава у суђењима везаним за организације мафија типа.“¹⁴¹¹

Постоји специфичан “оправдан разлог“, ако је реч о немогућности унакрсног испитивања сведока коме су гарантовани поверљиви подаци и чији је прави идентитет непознат окривљеном, као и сведоку код кога постоји релевантан страх у односу на окривљеног због којег не присуствује суђењу. Посебност се огледа у потреби заштите легитимних интереса (јавног интереса, интереса жртава и сведока).

Откривање идентитета сведока значајно је за одбрану, јер одбрана без постојања свести о идентитету “може да буде лишена појединости које јој омогућавају да покаже да је он или она штетан, непријатељски или непоуздан.“¹⁴¹² Због тога је анонимност сведока мера заштите сведока *ultima ratio*. Примењује се само ако другим блажим мера сведок не може делотворно да се заштити.

Из испитивања случајева “скривања идентитета“ сведока издваја се “оправдани интерес“ за анонимност полицијских информатора (доушника)¹⁴¹³ и прикривеног иследника. Њихово откривање и сведочење пред судом начелно “угрожава способност полиције да истражи тешка кривична дела у будућности“ (било уз помоћ истих лица или других). Постоји опасност испитивања пред судом, али ова врста бојазни треба да се докаже у конкретном случају. Препорука о застрашивању сведока и правима одбране, за мере које треба да се предузимају у вези са организованим криминалом сугерише да кривичнопроцесни закон треба да обезбеди поступак верификације за „одржавање правичне равнотеже између потреба кривичног поступка и права одбране“. У овој процедури, одбрана треба да има прилику да *оспори наводну потребу за анонимношћу* сведока, његовог/њен *кредибилитет* и *порекло његовог/њеног знања*.

Оправдан страх је разлог за коришћење исказа сведока без испитивања на главном претресу. Потврђује се и ако лице није имало статус анонимног сведока, али услед

¹⁴¹⁰ *Doorson v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 20524/92, 26 March 1996, para 70

¹⁴¹¹ *Lucà v. Italy*, ECtHR, App. no. 33354/96, 27 February 2001, final on 27/5/2001, para 40

¹⁴¹² *Pesukic v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 25088/07, 6 December 2012, final on 6/3/2013, para 45

¹⁴¹³ Суд налази да се морају узети у обзир “интереси информатора који су довољно храбри да пруже информације“, те „омогућити полицијским информаторима да анонимно пружају информације, што је витално средство у процесуирању, посебно организованог и субверзивног криминала“. Вид.: *Donohoe v. Ireland*, ECtHR, App. no. 19165/08, 12 December 2013, final on 14/4/2014, para 80

„оправданог страха“ није усмено сведочио пред судом.¹⁴¹⁴ Страх од одмазде и застрашивања, посебно је изражен у појединим областима криминалитета (организовани криминалитет).

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, чланом 24 став 1 и 2, у погледу заштите сведока одређује: 1) обавезу државе потписнице да пружи делотворну заштиту *сведоцима који сведоче* у кривичном поступку од могуће одмазде или застрашивања предузимањем одговарајућих мера, у оквиру својих могућности; 2) по потреби и њиховим рођацима и другим њима блиским лицима; 3) ограничење мера заштите у смислу да *не могу да утичу на право окривљеног и право на поштовање закона*. Конвенција, у члану 25, засебно нормира помоћ *жртвама* и њихову заштиту, нарочито у случајевима претњи одмаздом или застрашивања, уз ограничење да се питања у интересу жртва не разматрају на начин на који ће утицати на право одбране.

У погледу регулисања заштите сведока и жртва на нивоу Савета Европе од значаја је Препорука о положају жртве у кривичном поступку од 28. јуна 1985. године. Препорука усмерава државе да увек када је то неопходно пруже делотворну заштиту жртви и њеној породици од застрашивања и ризика освете од учиниоца.

Препорука о застрашивању сведока и правима одбране од 10. септембра 1997. године указује да је потребно да се има у виду: 1). неприхватљивост да кривични правосудни систем не постигне да доведе оптужене на суђење и да обезбеди пресуду зато што су сведоци стварно обесхрабрани да сведоче слободно и истинито; 2). да је доказ сведока често пресудан за обезбеђивање осуде учинилаца, посебно када је реч о организованом криминалу. Ако је анонимност сведока одобрена, Препорука наглашава потребу да осуда *не треба искључиво или у одлучујућој мери да се заснива на доказу таквог лица*.

Европски суд за људска права примењује претходно наведена три теста, уз својеврсне специфичности првог и трећег теста. Питање које се најпре поставља у првом тесту је да ли суд може „разумно сматрати“ да је потреба за заштитом сведока „*објективно оправдана*“, те да ли постоји „*добар разлог за заштиту*“.¹⁴¹⁵ У циљу утврђивања да ли у конкретном случају постоји оправдани страх, потребно је да о томе суд поседује податке као и да се изводе докази.

У погледу страха важно је да се размотри: 1). постојање релевантног страха; 2). узрочно – последична веза страха и ускраћивања исказа на суђењу (одсуства са суђења) или ускраћивања одговора на питање; 3). *да ли је противно начелу правичности у целини коришћење такве изјаве*.¹⁴¹⁶

¹⁴¹⁴ У случају *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, Суд цени да закључак надлежног судије да је сведок „имао оправдани страх од усменог сведочења, те да није био спреман то да учини чак ни уз примену посебних мера на суђењу представља довољно оправдање за прихватање његове изјаве у доказе.“ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 159

¹⁴¹⁵ *Scholer v. Germany*, ECtHR, App. no. 14212/10, 18 December 2014, final on 18/3/2015, para 56

¹⁴¹⁶ Приметна је извесна сличност са критеријумима за допустивост у законском праву Енглеске и Велса, „доказа по чувењу“ – *hearsay evidence* (у које спадају и изјаве лица дате полицији). Закон о казненој правди од 2003. године утврђује засебну категорију допустивости „*страх релевантног лица*“ и неопходне додатне услове прихватљивости (116, 2(e), 3, 4).

Лице „због страха не даје (или не наставља да даје) усмени доказ у кривичном поступку“, „било уопште или у вези с предметом изјаве“. Као примере страха Закон наводи „стах од смрти, повреде од стране друге особе или од финансијског губитка.“ Услов за примену је да судија налази да „изјаве треба прихватити у

Застрашивање подразумева “озбиљно застрашивање“. Опасност која прети сведоку или њему блиским лицима треба да буде “озбиљна“ и “стварна“. Разликују се две врсте страха: страх који произлази из претњи или других радњи окривљеног или особа које поступају у његово име, уз његово знање или одобрење, и страх који је последица општег страха од сведочења.¹⁴¹⁷ Потребно је да органи поступка прво истраже да ли постоји “разумност“ (“објективност“) личног страха сведока према окривљеном, те да дају оцену засновану на озбиљним и суштинским разлозима.¹⁴¹⁸

Дефиниција појма застрашивања даје се у Препорукама Савета Европе.¹⁴¹⁹ Застрашивање је присутно не само код сведока на која се примењују посебне мере заштите у оквиру програма заштићених сведока, већ и код посебно осетљивих („рањивих“) сведока.

Суд цени да ли је одсуство сведока на суђењу “због његове заштите и очувања његове анонимности била *последња мера*“ односно да ли су алтернативне мере (нпр. испитивање ван главног претреса уз гарантовање права на одбрану, саслушање преко аудио–видео конференцијске везе) биле недовољне да се сведок заштити.¹⁴²⁰

У погледу постојања *довољних фактора уравнотежења*, укључујући постојање јаких процедуралних гаранција важна је изјава старешине анонимног полицијског службеника (надзорног полицијског службеника), те постојање материјалних доказа као додатних доказа. Ови докази долазе посебно до изражаја у случајевима у којима се појављују анонимни сведоци и „заstraшени сведоци“ (због природе кривичног дела нпр. пронађена дрога, снимци). Неке од процесних мера уравнотежења су: индиректно постављање питања (у писаној форми) од стране суда, тужилаштва и окривљеног у претпретресној фази поступка,¹⁴²¹ лечење недостатака у другостепеном поступку присуствовањем браниоца испитивању анонимних сведока, те постављањем питања сведоцима (осим оних који се односе на идентитет), у условима да је са идентитетом сведока упознат истражни судија који је сачинио извештај о околностима важним за другостепени суд у поступку оцене

интересу правде“ узимајући у обзир релевантне околности, укључујући и „ризик да признање или искључење узрокује неправичност за било коју странку (нарочито колико ће тешко да буде да се преиспита изјава ако лице не да усмену изјаву).“

¹⁴¹⁷ *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 122, 123

¹⁴¹⁸ *Krasniki v. The Czech Republic*, ECtHR, App. no. 51277/99, 28 February 2006, final on 28/5/2006, para 80–83

¹⁴¹⁹ Препорука о застрашивању сведока и правима одбране дефинише појам "застрашивања" као „сваку директну, индиректну или потенцијалну претњу сведоку, која може довести до уплитања у његову/њену дужност да сведочи без икаквог утицаја“. Застрашивање обухвата „застрашивање које је резултат постојања криминалне организације са снажном репутацијом насиља и одмазде или саме чињенице да сведок припада затвореној друштвеној групи.“ Може да буде резултат и саме чињенице да је сведок „у положају слабости“.

Препорука Савета Европе о заштити сведока и сарадника правосуђа (правде) прецизира у дефиницији "застрашивања" да је „претња спроведена или за коју постоји вероватноћа да ће бити спроведена, што може довести до мешања у његову/њену спремност да слободно сведочи без неоправданог уплитања, или која је последица његовог/њеног сведочења“.

¹⁴²⁰ Суд налази да је претходно судећи суд разматрао алтернативне мере: саслушање сведока ван главног претреса пред судијом који се делегира (*commissioned judge*) у присуству браниоца подносиоца представке, саслушање преко видео конференције, уз акустичну и оптичку заштиту. У конкретном случају постојао је и „ризик откривања детаља у току испитивања од стране одбране који омогућавају откривања њиховог идентитета“. Вид.: *Scholer v. Germany*, ECtHR, App. no. 14212/10, 18 December 2014, final on 18/3/2015, para 57

¹⁴²¹ *Scholer v. Germany*, ECtHR, App. no. 14212/10, 18 December 2014, final on 18/3/2015, para 21

веродостојности доказа.¹⁴²² Некада се не налази да је потребно даље да се испитује да ли би уведене процесне мере могле у довољној мери да уравнотеже тешкоће са којима се одбрана суочава због анонимности сведока.¹⁴²³

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала наводи процесни начин да се осигура сигурност сведока – дозвољавање да се у доказном поступку сведочи коришћењем *комуникационе технологије* (видео линкови или друга адекватна средства). Препорука о застрашивању сведока и правима одбране предвиђа методе давања доказа које штите сведоке од застрашивања које је последица суочавања лицем у лице саоптуженим (на пример *сведочење у посебној просторији, снимање аудиовизуелним средствима* изјаве сведока током претпретресног испитивања). Препорука предвиђа *откривање идентитета сведока у последњој могућој фази поступка и/или објављивање само одабраних детаља; искључивање медија и/или јавности из/или дела суђења.*

Неке од додатних значајних процесних мера садржи и Препорука Савета Европе о заштити сведока и сарадника правосуђа: 1). *странке имају или су имале прилику да учествују у испитивању и испитују и/или унакрсно испитују сведока и да расправљају о садржају његове изјаве током поступка;* 2). *употреба уређаја који спречавају физичку идентификацију сведока,* као што су употреба екрана или завеса, прикривање лица сведока или искривљење његовог/њеног гласа; 3). *коришћење видео конференције.*

Доктринаопомиње да само коришћење видео снимака у односу на раније дат исказ има суштинску аномалију која се своди на немогућност постављања питања том „сведоку“, тј. у односу на његово претходно снимљено саслушање, те да је и овакав начин саслушања изузетног карактера.¹⁴²⁴

4.1.4. *Заштићени сведок, прикривени иследник и „застрашени сведок“*

Посебна категорија сведока – заштићени сведок процесно је дефинисан. Заштићени сведок је сведок који је испунио материјални услов да му се одреди посебан статус, те му је решењем одређен статус и одобрена једна или више мера посебне заштите. Материјални услов за одређивање статуса је да се утврди да у конкретном случају постоји релевантна претећа опасност. Потребно је да суд оцени да ли постоје околности које указују на то да би сведок услед давања исказа/одговором на поједина питања себе/себи блиска лица „изложио опасности по живот, здравље, слободу или имовину већег обима“ (члан 105 став 1 ЗКП). Мера заштите којом се ограничава право окривљеног да испита заштићеног сведока оптужбе је ускраћивање окривљеном и браниоцу података о његовој истоветности.

У поступку одлучивања о примени мере скривања идентитета, суд цени да ли постоји „озбиљна угроженост“ сведока водећи рачуна о добру које се угрожава и степену угрожености. Неопходан услов за примену је да су живот, здравље, или слобода сведока или њему блиског лица у тој мери угрожени¹⁴²⁵ да је оправдано ограничити права на одбрану. Сведок и јавни тужилац треба да изнесу и доставе суду доказе у прилог томе. Истовремено, суд цени да ли је сведок веродостојан. Оцене суда заснивају се на претходном узимању

¹⁴²² *Doorson v. The Netherlands*, ECtHR, App. 20524/92, 26 March 1996, para 73

¹⁴²³ *Krasniki v. The Czech Republic*, ECtHR, App. no. 51277/99, 28 February 2006, final on 28/5/2006, para 85 – 86

¹⁴²⁴ М. Шкулић (2018 б), стр. 640.

¹⁴²⁵ Овде је реч о “*постојећој угрожености*” за разлику од материјалног услова за одређивање статуса заштићеног сведока када је довољно “*могуће излагање опасности*” односно “*обична угроженост*”. Вид.: Г. П. Илић *et al.*, стр.374.

изјаве од сведока и јавног тужиоца, а потребно је да обухвате и значај доказа и његову веродостојност.¹⁴²⁶

Примећујемо да изостаје могућност да одбрана захтева одређивање статуса заштићеног сведока и одговарајуће изјашњење одбране у поступку одређивања статуса заштићеног сведока, у виду узимања изјаве окривљеног.¹⁴²⁷ Међутим, нормативни услови одлучивања постављени су у циљу обезбеђења равнотеже супротстављених интереса у кривичном поступку која се огледа у: 1. одређивању мере ускраћивања окривљеном и браниоцу података о истоветности заштићеног сведока под рестриктивним законом прописаним условом („оправдан разлог“ – *озбиљна угроженост*); 2. расположивим фактором уравнотежења (*прелиминарна судска оцена веродостојности сведока*); 3. заштитном гаранцијом судског одређивања статуса заштићеног сведока (по службеној дужности, на захтев јавног тужиоца или сведока); 4. *ultima ratio* карактеру теже мере (одређује се ако се иста сврха не може остварити применом блаже мере); 5. откривању идентитета окривљеном и његовом браниоцу *најкасније 15 дана* пре почетка главног претреса (осим када је реч о прикривеном иследнику за кога важи потпуна анонимност); 6. *правилу искључивог или одлучујућег доказа*– „пресуда се не може засновати искључиво или у одлучујућој мери на исказу прикривеног иследника“; 7. *начину испитивања* (спровођења мере посебне заштите, испитивање из посебне просторије уз промену гласа сведока и помоћу техничких средстава за пренос и промену звука и слике). Законско решење не спречава окривљеног и његовог браниоца да током истраге упуте иницијативу јавном тужиоцу, у оквиру предлога за предузимање доказне радње у корист одбране, да се сведок одбране испита као заштићени сведок или да иницирају поступање судије за претходни поступак по службеној дужности.

Материјални услови за предузимање посебне доказне радње ангажовања прикривеног иследника односе се (према члану 183 став 1 ЗКП у вези члана 161 став 1 и 2 ЗКП) на: категорију кривичног дела (постојање основа сумње да је учињено кривично дело за које је одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, из члана 162 став 1 тачка 1 ЗКП), потребу заштите сврхе истраге (немогућност прикупљања доказа на други начин или знатно отежано њихово прибављање и изузетно, у случају основа сумње да се припрема овокривично дело, немогућност да се на други начин кривично дело открије, спречи или докаже или изазивање несразмерне тешкоће или велике опасности) и рестриктивну примену (немогућност прикупљања доказа коришћењем других посебних доказних радњи или знатно отежано њихово прикупљање). Наредбу о ангажовању прикривеног иследника доноси судија за претходни поступак на предлог јавног тужиоца.

Полицијски службеници треба да буду анонимни сведоци само у изузетним околностима. Примена теста равнотеже („балансирање интереса одбране и разлога за одржавање анонимности“) строжија је у односу на ову категорију сведока. Захтева јаче мере

¹⁴²⁶ Препорука о застрашивању сведока и правима одбране за одобрење анонимности прописује услове: 1. судско одобрење; 2. живот или слобода лица озбиљно угрожена, у случају прикривеног агента, његова/њена могућност да ради у будућности је озбиљно угрожена 3. постојање вероватноће да ће докази бити *значајни* и да је *лице веродостојно*.

¹⁴²⁷ Сагласност правила у поступку одређивања статуса заштићеног сведока са начелом равноправности странака у поступку разматрао је Уставни суд Хрватске. У литератури се издвајају закључци Уставног суда: 1. неучествовање одбране оправдава се начином заштите сведока оптужбе – његовом анонимизацијом за окривљеног, те заштитом идентитета сведока; 2. одбрана има могућност да буде присутна на доказном рочишту и учествује у испитивању заштићеног сведока; 3. о немогућности одбране да директно суду упуте предлог (већ да предложи испитивање угроженог сведока државном тужиоцу) коначно одлучује суд (у случају неслагања државног тужиоца са предлогом окривљеног). Вид.: Š. Pavlović, стр. 295.

уравнотежења. „Иако њихови интереси и интереси њихових породица такође заслужују заштиту по Конвенцији, признаје се да се њихов положај у одређеној мери разликује од положаја незаинтересованог сведока или жртве – имају општу дужност послушности државној извршној власти и обично имају везе са тужилаштвом.“¹⁴²⁸

Испитивање прикривеног иследника у својству сведока према Законику о кривичном поступку изузетно сеспроводи. Односи се на податке који „не представљају сами по себи доказ“, већ „део сазнања до којих је дошао прикривени иследник“, који ће моћи да добију доказни значај ако их путем исказа суду изнесе прикривени иследник.¹⁴²⁹ „Оправдани разлог“ је неопходност да се сачува потпуна његова анонимност, јер му прети објективна опасност од одмазде и постоји потреба да се заштите истражне делатности полиције. У конкретном случају, цени се да ли постоји ризик да се открије његов идентитет упркос чињеници да се испитује као анониман сведок. Анонимни сведоци не морају нужно да се зову да сведоче под заштитом, ако је њихов претходни исказ потврђен, а слично је и са осетљивим доказима.¹⁴³⁰

У случају испитивања прикривеног иследника, странкама и браниоцу не открива се његова истоветност (потпуна анонимност). Старешина прикривеног иследника својом изјавом пред судом потврђује његову истоветност. Законик предвиђа правило „јединог или одлучујућег доказа“. Ово правило треба тумачити у складу са судском праксом ЕСЈП која превазилази нефлексибилну примену правила, тражећи испуњење захтева трећег теста. Законске заштитне мере током испитивања везане су за посебан начин испитивања (из посебне просторије уз промену гласа сведока, помоћу техничких средстава за пренос и промену звука и слике). Како би ове мере биле чиниоци противтеже, осим посебне пажње приликом оцене оваквог доказа¹⁴³¹, потребно је да се истовремено омогући окривљеном и браниоцу да постављањем питања сведоку остваре право на преиспитивање његовог исказа. У противном, остаје ризик заснивања пресуде искључиво или у одлучујућој мери на писаној „нетестираној“ изјави сведока.¹⁴³²

Засебна могућност заснивања пресуде на нетестираним исказима сведока из истраге утврђена је чланом 300 став 2 ЗКП. Садржина правила упућује на примену члана 406 став 1 тачка 1 или 4 ЗКП, постојање „важних разлога“ за недолазак сведока пред суд или ситуације да сведок „без законског разлога неће да да исказ на главном претресу“. Претпоставка је да ће сведок бити онемогућен да понови исказ пред судом.

Законски разлог за ускраћивање права осумњиченом и његовом браниоцу да присуствују испитивању сведока и самим тим да постављају питања сведоку изричито није наведен. Закључујемо да је намера законодавца била да постојање „оправданог разлога“ за овакво поступање произлази посредно из категорије кривичних дела за која важи примена

¹⁴²⁸ *Van Mechelen and others v. The Netherlands*, ECtHR, App. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23 April 1997, para 56

¹⁴²⁹ Т. Лукић, „Прикривени иследник“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине – часопис за правну теорију и праксу* 10/2005, стр. 513.

¹⁴³⁰ S. Maffei, стр. 95.

¹⁴³¹ Васиљевић опомиње да се догађа да се априорно даје вредност исказу службеног лица, наглашавајући да се „са објективне стране веродостојност исказа сведока цени у односу на извор сазнања, садржај и обим исказа и у односу на исказе других сведока“. Т. Васиљевић, стр. 321 – 322.

¹⁴³² У случају *Lüdi v. Switzerland*, Суд налази да ни окривљени ни бранилац нису имали прилику да прикривеног иследника у било ком тренутку током поступка испитају, а да би то „било могуће учинити на начин који узима у обзир легитиман интерес полиције у случају трговине дрогом у циљу очувања анонимности њиховог агента да би могли да га заштите и искористе поново у будућности.“ *Lüdi v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 12433/86, 15 June 1992, para 49

(кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа тужилаштво посебне надлежности – организовани криминал, ратни злочини). У поступцима за ова кривична дела неретка је појава да су сведоци „заstraшени“. Други услов, потврђује налажење. Окривљени се лишава права да преиспитује исказ сведока, након оцене јавног тужиоца да присуство осумњиченог и браниоца може „утицати на сведоке“. Ово подразумева не само заштиту јавног интереса (сврха истраге)¹⁴³³ него и заштиту самог сведока и оштећеног од претњи и одмазде.

Оцена јавног тужиоца треба да буде поткрепљена релевантним доказима, јер се „оправдан разлог“ доказује, штозахтева и формалну одлуку јавног тужиоца. Одлука у виду решења била би законска гаранција против арбитрерног поступања. Примећујемо да у случају недоступног и непознатог осумњиченог, Законик предвиђа формални услов у виду одобрења судије за претходни поступак да се сведок испита без обавештавања осумњиченог и браниоца. Ради се у суштини о две потенцијално ризичне ситуације – ризик недоласка сведока на главни претрес, због чега се врши упознавање са садржином записника о његовом исказу из истраге. У овом случају важан (оправдан) разлог је постојање релевантног „заstraшивања“ (страх од одмазде, посебна осетљивост), за разлику од другог, када је сведок недоступан. Потребно је применити све расположиве мере да се обезбеди присуство сведока (посебне мере заштите сведока у оквиру статуса заштићеног сведока и мере заштите посебно осетљивог сведока).

Законик не прописује мере уравнотежења у виду одлучивања суда, доказног рочишта, претходне оцене значаја и веродостојности исказа, могућности учествовања браниоца у испитивању, посебног начина испитивања уз примену техничких уређаја, али садржи забрану да се судска одлука заснива искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока. Законско решење свакако носи у себи „ризик одлучујућег доказа“ непредвиђајући ниједну меру уравнотежења што утиче на примену другог теста ЕСЈП. Приликом примене правила, јавни тужилац и суд треба да имају у виду начин на који ЕСЈП примењује сва три теста. Из поменутих примера из праксе ЕСЈП, европских и међународних стандарда произлази потреба предвиђања чиниоца противтеже.

4.2. Ограничења испитивања посебно осетљивих сведока

Сведок је посебно осетљив због „околности које се односе на дело, на сведока, односно оштећеног, као и због комбиновања специфичности жртве и карактеристике одређеног кривичног дела.“¹⁴³⁴ Посебна осетљивост сведока наглашена је у поступцима чији су предмет кривична дела за која је изражена секундарна виктимизација. Европски суд за људска права налази да је потребно узети у обзир да „жртве сексуалних деликата, посебно ако су у питању малолетна лица, често доживљавају своје суђење као ноћну мору, нарочито када се суоче с окривљеним против своје воље.“¹⁴³⁵ Појам заstraшивања, према Препоруци о

¹⁴³³ Ово решење највише подсећа на § 168 (3) Закона о кривичном поступку Немачке који одређује да приликом судског саслушања сведока, судија може да ускрати присуство окривљеном: 1. ако би његово присуство *угрозило сврху истраге* 2. ако постоји бојазан да би неки сведок у присуству окривљеног *могао да изнесе неистину*.

¹⁴³⁴ М. Шкулић (2018 б), 635 – 636.

¹⁴³⁵ *Pereira Cruz et autres c. Portugal*, ECtHR, Requêtes n^{os} 56396/12 et 3 autres – voir liste en annexe, 26 juin 2018, définitif 26/9/2018, para 188

заstraшивању сведока и правима одбране, обухвата и заstraшивање које је резултат „саме чињенице да сведок припада *затвореној друштвеној групи* и да је у *положају слабости*“.¹⁴³⁶

4.2.1. Мере ограничења и фактори уравниотежења

Мере у циљу заштите жртве могу се предузети, али се морају ускладити са *адекватним* и *делотворим* вршењем одбране.¹⁴³⁷ У поступку испитивања посебно осетљивих сведока треба да се примене мере и предузму радње којима се успоставља равнотежа између права и интереса сведока и оштећених у својству сведока и права и интереса одбране на тај начин да се не нарушава једнакост „оружја“ странака („*уравниотежење положаја странака*“).¹⁴³⁸

Примена мера заштите сведока треба да одражава напоре суда да пружи сведоку психолошку подршку. Кривични поступак сам по себи и постојање могућности да се жртва суочи са окривљеним, тешко је искушење за жртву. Упоредо, потребно је такве мере усагласити са делотворним остваривањем права на одбрану, применом одговарајућих мера уравниотежења.¹⁴³⁹ Примећује се да Суд некада не даје примере нити наговештаје фактора уравниотежења. У неким случајевима, постоји разлог да се мисли да је номенклатура фактора уравниотежења једноставно заобилажење основне анализе „поступак у целини“.¹⁴⁴⁰

Препорука о заstraшивању сведока и правима одбране сугерише се да се „штите сведоци од заstraшивања које је последица суочавања лицем у лице с оптуженим“, између осталог сведочењем у засебној просторији, снимањем аудио – визуелним средствима изјаве сведока током претпретресног саслушања, те искључивањем медија и/или јавности за цело или један део суђења. Наводе се мере које треба да се предузимају у кривичном поступку у односу на „рањиве сведоке“ („*vulnerable witnesses*“), нарочито у предметима кривичних дела у породици.

Саслушање сведока у најранијој фази поступка потребно јеспровести нарочито пажљиво, поштујући личност сведока, и темељно, те их не треба понављати.¹⁴⁴¹ У циљу заштите сведока, њихове изјаве дате у претпретресној фази „*треба да буду снимљене видео записом*“ да би се избегло суочавање лицем у лице и непотребна понављања испитивања која

¹⁴³⁶ „Посебно осетљиви сведоци и жртве обично потичу из неке од категорија: сва деца и малолетни сведоци; сведок нарочито трауматизован догађајима, сведок који пати од психолошког или другог менталног поремећаја, сведок тешког сексуалног кривичног дела, сведок трговине људима и сведок са физичким инвалидитетом, односно смањеном способности комуникације.“ Вид. S. Burnsajd, стр. 10.

¹⁴³⁷ *Vronchenko v. Estonia*, ECtHR, App. no. 59632/09, 18 July 2013, final on 18/10/2013, para 56

¹⁴³⁸ Уставни суд користи појам „уравниотежење положаја странака“ које се постиже истовременим, обезбеђењем „права оштећене на заштиту од могућих штетних последица кривичног поступка по њену личност, телесно и душевно стање“, као и уставног права окривљеног да испитује оштећену као сведока оптужбе. У циљу оцене да ли је постигнуто „уравниотежење“, Суд фактички примењује четири теста: 1. сагледавање поступка у целини; 2. отклањање недостатака у каснијој фази поступка; 3. примена мера уравниотежења; 4. искључиви и одлучујући доказ. Вид.: Одлука Уставног суда у Београду Уж-2768/2009 од 13. јуна 2012. године, 6.

доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено дана 30. јула 2019.

¹⁴³⁹ *A.L. v. Finland*, ECtHR, App. no. 23220/04, 27 January 2009, final on 27/4/2009, para 39

¹⁴⁴⁰ R. Goss, стр. 148 –149.

¹⁴⁴¹ Директива Европског парламента и Већа о успостављању минималних стандарда о правима, подршци и заштити жртава кривичних дела, у члану 20, прописује принцип да се број саслушања жртава у кривичним истрагама сведе на минимум и да се спроводе само када је то нужно.

могу да изазову трауму.“ Током суђења, аудио – визуелне мере треба да се користе у циљу омогућавања да се саслушају сведоци без физичког присуства других лица.

Непоновљивост саслушања практично значи прихватање исказа сведока из претпретресне фазе. Судија на суђењу треба *строго да надзире испитивање сведока*. Посебно, када је реч о исказима о сексуалним кривичним делима (који могу прекомерно трауматично да делују на сведока), у случају унакрсног испитивања, судија треба да размотри да примени *одговарајуће мере контроле начина испитивања*.

У случају да „рањив сведок“ није приступио на главни претрес, цени се видљивост „да су судови предузели било коју од посебних мера заштите за жртву предвиђену законом.“¹⁴⁴² Нарочито је важно, некада од пресудног значаја, да се пружи прилика одбрани да постави питање сведоку у претходном поступку ради откривања било какве недоследности у исказу сведока, јер не постоји могућност да се сведок испита на суђењу.¹⁴⁴³ Постојање снимка из истраге један је од фактора у равнотежења, јер омогућава да суд буде у позицији да правилно цени исказ сведока (приступ суда). Процесне гаранције, мере у равнотежења којима се штите права на одбрану су: спровођење саслушања у претпретресној фази од стране *судског органа или у присуству судског органа*, као и „пружање *довољно могућности за одбрану да оспори ово сведочење*“ (нпр. остављање могућности браниоцу да укаже на питања која је потребно да се поставе сведоку и да провери да ли су питања постављена¹⁴⁴⁴).

4.2.2. Посебно осетљив сведок

Законик о кривичном поступку од 2011. године уводи статус посебно осетљивог сведока. Дефинише да је посебно осетљив сведок с обзиром на узраст, животну искуство, начин живота, пол, здравствено стање, природу, начин или последице извршеног дела, односно друге околности случаја посебно осетљив. Ова категорија сведока са посебним статусом практично обухвата пре свега децу, малолетна лица, стара лица, лица чије је здравље тешко нарушено, лица са инвалидитетом, те жртве кривичних дела која по својој природи доводе до изражене секундарне виктимизације сведока у поступку.

Статус одређује орган поступка (јавни тужилац, председник већа или судија појединац), по службеној дужности, на захтев странака или самог сведока доношењем посебног решења. Против решења о усвајању и одбијању захтева није дозвољена посебна жалба. Засебан статус подразумева могућност примене посебних мера приликом испитивања сведока, у циљу заштите сведока. Закон о малолетним учиниоцима и кривичноправној заштити малолетних лица¹⁴⁴⁵ (члан 153 ЗМ), одређује да је „посебна осетљивост“ „посебно тешко душевно стање“ у коме се налази малолетни сведок и поставља

¹⁴⁴² У случају *Şandru v. Romania*, „домаћи судови нису испитивали нити објаснили разлоге за одсуство жртве, нити су достављени медицински или психолошки извештаји који би указивали на то да она није могла да сведочи на јавном суђењу.“ *Şandru v. Romania*, ECtHR, App. no. 33882/05, 15 October 2013, final on 15/1/2014, para 65

¹⁴⁴³ Пресудна важност је пре свега у случају да вештак утврди да би присуство сведока на расправи било штетно по њега (значајна психолошка траума) или да би више пута испитивање у мањој мери допринело разјашњењу чињеница, или када је реч о мишљењу вештака да мала деца после неког времена не могу да разликују да ли се сећају стварних чињеница или онога што су чули од других. Вид.: *Rosin v. Estonia*, ECtHR, App. no. 26540/08, 19 December 2013, final on 14/4/2014, para 59–60; *Vronchenko v. Estonia*, ECtHR, App. no. 59632/09, 18 July 2013, final on 18/10/2013, para 61 – 63

¹⁴⁴⁴ *S.N. v. Sweden*, ECtHR, App. no. 34209/96, 2 July 2002, final on 2/10/2002, para 50

¹⁴⁴⁵ *Службени гласник РС*, бр. 85/2005

параметре за њену оцену (посебне – природа кривичног дела, последице и општи – друге околности због којих је лице посебно осетљиво).

Правила о заштити посебно осетљивог сведока предвиђена су чланом 103 и чланом 104 ЗКП. Мере заштите су пружање помоћи сведоку ради заштите његовог легитимног интереса и засебан начин испитивања. Прва врста мере је доношење решења о постављењу пуномоћника сведоку, те постављење пуномоћника из реда адвоката са списка надлежне адвокатске коморе за одређивање бранилаца по службеној дужности (члан 103 став 3 ЗКП).¹⁴⁴⁶ Орган поступка треба да цени у конкретном случају да ли је сведоку потребно стручно заступање да би остварио неки правом заштићен легитиман интерес (нпр. имовинскоправни интерес оштећеног) предузимањем кривичнопроцесних радњи, у циљу бољег разумевања поступка, права и дужности сведока, веродостојног сведочења, те елиминисања (умањења) негативних ефеката поступка на личност сведока.

Другачији начин испитивања у односу на општа правила о испитивању сведока огледа се у начину постављања питања (*преко органа поступка, уз посебну пажњу органа поступка приликом испитивања сведока, уз помоћ психолога, социјалног радника или другог стручног лица*). Начин испитивања односно ограничење права под једнаким условима уређено је у односу на странке и браниоца (подједнако право да постављају питања сведоку преко органа поступка и испитивање сведока без њиховог присуства у истој просторији уз уравнотежење права испитивањем сведока уз употребу техничких средстава). Иако се засебно не прописује, ради обезбеђивања права на одбрану, правилне и потпуне оцене исказа сведока, те обезбеђења доказа, потребно је користити законску могућност тонског и оптичког снимања испитивања из члана 236 став 1 ЗКП и прикључитиснимак записнику.

Из праксе ЕСЈП издвајају се два става: 1). у појединим кривичним поступцима с обзиром на њихове посебне карактеристике, члан 6 став 3 (д) не може да се тумачи тако да у сваком случају окривљени или његов бранилац директно постављају питања у унакрсном испитивању или на други начин; 2). окривљени мора да има прилику да посматра понашање сведока и да оспори њихове изјаве и кредибилитет.¹⁴⁴⁷ Процесне мере противтеже којима се могу надокнадити недостаци настали за одбрану услед немогућности унакрсног испитивања су, између осталог, остваривање права окривљеног и браниоца да посредно постављају питања сведоку (усмено или писмено).

Испитивање може да се спроведе тако што се спречава “суочавање лицем о лице“. Први начин је испитивање употребом техничких средстава за пренос слике и звука без присуства странака и других учесника у истој просторији где се сведок налази.¹⁴⁴⁸ Други

¹⁴⁴⁶ Посебним протоколом о поступању правосудних органа у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања, IV, 2.3. став 2 тачка 6, предвиђена је додатна заштита малолетног лица. Малолетно лице се увек саслушава у присуству родитеља, усвојоца или староца, осим ако суд не одлучи другачије.

¹⁴⁴⁷ *Pereira Cruz et autres c. Portugal*, ECtHR, Requête n^{os} 56396/12 et 3 autres – voir liste en annexe, 26 juin 2018, définitif 26/9/2018, para 189

¹⁴⁴⁸ На основу системског тумачења (имајући у виду одредбе о присуству доказним радњама у истрази – члан 300 ст. 1, 2, 8 ЗКП, испитивању сведока ван главног претреса – члан 357 ЗКП и извођењу доказа ван главног претреса – члан 404 ЗКП) закључује се да јавни тужилац, окривљени и бранилац имају право да постављају питања сведоку.

Законик о кривичном поступку Црне Горе, у члану 113 став 6, садржи потпунију одредбу у случају да се саслушава оштећени који је жртва кривичног дела против полне слободе, као и дете које се саслушава као сведок. „Саслушање се спроводи пред судијом и записничарем, а тужилац, окривљени и бранилац имају право да гледају пренос из друге просторије, уз могућност да постављају питања сведоку“. О овом праву странке и браниоца поучава суд, што се уноси у записник.

начин је испитивање у стану или другој просторији, односно овлашћеној институцији стручно оспособљеној уз *могућност* да се одреди мера употребе техничних средстава. С обзиром на то да орган поступка не мора да се определи за успостављање техничке везе између сведока и одбране, овај модалитет је ризик по право окривљеног да испитује сведока ако окривљеном и браниоцу није омогућено да присуствују испитивању и да постављају питања.¹⁴⁴⁹

Из примене тестова ЕСЈП следи да ако се пресуда заснива искључиво или у одлучујућој мери на нетестираном доказу, потребно је да постоје довољни фактори у равнотежења тако да се право на унакрсно испитивање не крши у суштинском смислу.

Трећи начин је немогућност суочења са окривљеним, осим ако то сам окривљени захтева, а орган поступка дозволи ценећи степен осетљивости сведока и водећи рачуна о правима одбране. Није јасно због чега законодавац не предвиђа апсолутну забрану суочења када је реч о сведоцима за које је орган поступка оценио да су посебно осетљиви. Нелогично је да се сведоку постављају питања преко органа поступка, а да се примени радња суочења која је својерстан вид расправљања лица.¹⁴⁵⁰

Суочење подразумева да су окривљени и сведок у директном контакту према (члан 89 став 2 ЗКП). Постављени су један према другом, понављају један другоме своје исказе о свакој спорној околности и расправљају о истинитости својих исказа. Ова радња ретко има практичан значај у смислу да ће учесник у њој гледајући у очи противника у вербалном дуелу изменити свој исказ. У практичном ефекту не може се сматрати „убојитим оружјем“ странака. Забрана суочења примењује се без изузетка ако се саслушава посебно осетљиво малолетно лице (члан 153 ЗМ).

Закон о малолетним учиниоцима и кривичноправној заштити малолетних лица утврђује посебна правила у циљу заштите малолетних лица као оштећених у кривичном поступку.¹⁴⁵¹ Ради избегавања могућих штетних последица по личност и развој малолетног

Детаљно правило садржи и ЗМ Републике Србије: 1. даје критеријуме за одлуку (наредбу) о употреби техничних средстава за пренос слике и звука (особеност кривичног дела и својства личности малолетног лица); 2. саслушање се спроводи тако да странке и лица која на то имају право „питања постављају посредством судије, психолога, педагога, социјалног радника или другог стручног лица.“

¹⁴⁴⁹ Законик је пропустио да регулише (не)присуство окривљеног и браниоца у стану, другој просторији или овлашћеној институцији, те постављање питања (осим општег права на обавештење о доказној радњи и права на присуство њеном предузимању у истрази). У регионалном законодавству уочавамо прецизнија и детаљнија правила.

Закон о казненом поступку Хрватске, у члану 292 став 3, посебно издваја сведоке који због старости, здравственог стања или инвалидитета не могу да се одазову позиву, који се могу испитивати у „својем стану или другом простору у којему бораве.“ „Ако то захтева стање сведока, испитивање ће се провести тако да му странке могу постављати питања без присутности у просторији у којој се сведок налази.“ Овај начин испитивања, једнака права и могућности странака, према члану 292 став 4 поменутог закона примењује се и када је реч о жртвама одређених кривичних дела, на њихов захтев („жртве казног дјела против сполне слободе и сполног ђудоређа, казног дјела трговања људима или ако је казно дјело почињено у обитељи“).

¹⁴⁵⁰ Шкулић описујући „нужно конфликтни карактер“ суочења наводи да се „намерно ствара извесни «сукоб» међу даваоцима супротних исказа, да би под утицајем тако створене психичке пресије онај ко даје лажан или нетачан исказ кориговао своје исказивање.“ М. Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2011, стр. 358.

¹⁴⁵¹ Шкулић групише правила у „неколико основних нормативних сегмената“: “1) правило обавезне специјализације свих службених актера; 2) начелно правило минимизирања секундарне виктимизације; 3) примена посебних правила саслушања малолетних оштећених; 4) забрана суочења у циљу спречавања

оштећеног у члану 152 став 1 ЗМ, прописана су правила о посебном односу органа поступка према оштећеном и саслушању *уз помоћ* психолога, педагога, другог стручног лица.

Када је реч о одређеним кривичним делима (из члана 150 ЗМ), уводи се правило о ограниченом броју саслушања – спровођење саслушања највише два пута (члан 152 став 2 ЗМ). По изузетку, могуће је саслушати малолетног оштећеног и више пута ако је то „неопходно ради остваривања сврхе кривичног поступка“, у ком случају судија мора да „посебно води рачуна о заштити личности и развоја малолетног лица“. Од нарочите важности за одлуку суда о предлогу за поновно саслушање има мишљење психолога о околностима да ли ће поновно саслушање имати негативни утицај на личност и развој лица и у којој мери.

4.3. Упознавање са садржином записника о исказима саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу

Изузетак од начела непосредности и уједно потенцијална повреда начела правичности, односно права на правично суђење у целисти видљивису у члану 406 став 1 тачка 5ЗКП. Судаће веће ће извршити увид, односно упознаће се са садржином записника о исказу саоптуженог или већ осуђеног саучесника у кривичном делу, ако је реч о исказу *саоптуженог* према којем је кривични поступак раздвојен или је већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом.¹⁴⁵² Законодавац онемогућава у овим ситуацијама мешање процесних улога окривљеног и сведока у кривичном поступку чиме се поштујена начела законитости, основни материјални критеријум разликовања статуса окривљеног и сведока, те њихове различите улоге, права и дужности.¹⁴⁵³ Уједно, дозвољава се коришћење на главном претресу писаних исказа саоптужених и осуђених саучесника из раније фазе истог поступка или другог поступка, те заснивање пресуде на њима без додатних законских услова. Овим решењем формално се признаје важност прибављања исказа саучесника у кривичном делу, којом се оправдава изузетак од начела непосредности. Због релевантног степена сумње да учествују у извршењу кривичног дела, саучесници су битан непосредни извор сазнања. Постоји вероватноћа да им је познато највише околности у вези извршења предметног кривичног дела. Истовремено серизикује да овај доказ буде искључиви или одлучујући доказ ако његова веродостојност није тестирана од стране одбране.

секундарне виктимизације; 5) обавезно правно заступање малолетног оштећеног; 6) посебна правила препознавања; те 7) начелна хитност таквог кривичног поступка“. *Ibid.*, стр. 353.

¹⁴⁵² В. Бајовић налази да у оба модела кривичног поступка давање окривљеном статуса сведока „представља противтежу и заштиту интереса одбране“, а да се у нашем законодавству исказу окривљеног даје „проширени доказни значај у поступцима против других лица и без његовог непосредног испитивања на главном претресу“. В. Бајовић (2020), стр. 27.

¹⁴⁵³ Законска дефиниција појма „осумњичени“ из члана 2 став 1 тачка 1 ЗКП указује и на материјални критеријум задобијања статуса осумњиченог, односно и на материјални појам осумњиченог истицањем у први план да је осумњичени лице у односу на које постоји *основ сумње* да је учинило кривично дело због којег надлежни државни орган у предистражном предузима радњу прописану законом или лице против кога се води истрага. За покретање и спровођење истраге релевантан степен сумње је основ сумње. О материјалном критеријуму разликовања статуса осумњиченог и сведока и дужности поступања по начелу легалитета вид. Е. Ivičević Karas, „Prilog raspravi o problemu miješanja procesnih uloga u kaznenom postupku“, *Kazneno pravo: sinergija teorije i prakse* (ur. Ksenija Turković, Maja Munivrana Vajda, Marta Dragičević Prtenjača), *Zbornik radova u čast profesora Petra Novoselca*, Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2019, стр. 230 – 233.

Бајовић примећује да Законик о кривичном поступку од 2011. године „прихвата расправни процесни модел који акценат ставља на страначку равноправност и једнакост оружја, те је утолико парадоксалније решење предвиђено чланом 406 став 1 тачка 5 ЗКП који даје „проширени значај“ исказу окривљеног, без његовог испитивања на главном претресу“.¹⁴⁵⁴ У литератури се проналази став раније судске праксе да се „одлука о кривици једног оптуженог не може заснивати на исказу другог оптуженог датог на главном претресу, ако му није било омогућено да се изјасни о том доказу који га терети, нити да у вези с тим, по одобрењу председника већа, поставља питања другом оптуженом, и на тој основи предложи доказе у своју корист, јер је то повреда права одбране која је утицала на законито и правилно доношење пресуде“.¹⁴⁵⁵

За разлику од примера у упоредном законодавству, окривљени на основу Законика о кривичном поступку не може да да исказ у својству сведока на главном претресу, те да буде подвргнут основном и унакрсном испитивању. У континентално – европском праву, странке по дефиницији не могу да буду приморане да сведоче, јер се *a priori* сматрају пристрасним, те је због тога вероватно да неће да говоре објективну истину.¹⁴⁵⁶ Законодавац у Хрватској, полазећи од континентално – европске концепције, формулише изричиту забрану испитивања окривљеног у својству сведока (члан 284 став 1 тачка 3 ЗКПХ). Правило се шире тумачи, да није дозвољено се испита као сведок саокривљени у јединственом поступку, окривљени против кога се могао водити јединствени поступак (окривљени против кога се води одвојен поступак) или окривљени против кога се водио јединствени поступак (бивши саокривљени према коме је поступак раздвојен). У хрватској кривичнопроцесној теорији се указује да се овим тумачењем, развијеним у немачкој кривично процесној теорији, штити право на одбрану, јер би супротно значило препуштање органима гоњења да одлуком хоће ли се у одређеном случају водити „јединствени поступак или пак раздвојени или одвојени поступци, утичу на опсег права одбране“.¹⁴⁵⁷ Забрана се не примењује ако је поступак у односу на саокривљеног правноснажно окончан, што се аргументује непостојањем опасности од самоинкриминације.¹⁴⁵⁸ Изузетак укључује и ситуацију закључења споразума саокривљеноги државног тужиоца на чијем темељу је заснована осуђујућа пресуда.

Практични значај за права одбране има и члан 397 став 6 ЗКП. У ситуацији да оптужени одбије да изнесе одбрану или да одговара на поједина питања, прочитаће се његов ранији исказ или део тог исказа или ће се репродуковати снимак тог исказа. Дозвољено је да се користи записник о саслушању осумњиченог као доказ у поступку ако су испуњени услови из члана 289 став 4 ЗКП (пристанак осумњиченог да да исказ, саслушање у складу са одредбама о саслушању окривљеног, пристанак и исказ дати у присуству браниоца). Законодавац полази од поштовања права на одбрану ћутањем и привилегије против самооптуживања, правним препрекама које спречавају суд да одбрани пружи прилику да поставља питања саокривљеном у контрадикторном поступку, на јавној расправи, али изначајаза утврђење релевантних чињеница да се користи као доказ исправа која садржи његов исказ. Европски суд за људска права изнео јегледиште да тумачење да се ограничења Конвенције о читању исказа датих полицији не примењују на такве изјаве саокривљених,

¹⁴⁵⁴ В. Бајовић (2017), стр. 720.

¹⁴⁵⁵ VSHIKŽ 1505/72 од 12. XII 1972. Цитат преузет из: Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 8.

¹⁴⁵⁶ S. Trechsel, стр. 301.

¹⁴⁵⁷ E. Ivičević Karas (2019), стр. 239.

О томе и: Z. Đurđević, „Procesna jamstva obrane prema suokrivljeniku kao svjedoku optužbe“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16, 2/2009, стр. 792.

¹⁴⁵⁸ Z. Đurđević (2009), стр. 792.

тешко да је конзистентно са аутономним значењем израза „сведок“, према коме чињеница да су изјаве дали саокривљени, а не сведок није релевантан.¹⁴⁵⁹

Израз „оптужени“ обухвата лице против кога је оптужница потврђена и лице за које је поводом оптужног предлога/приватне тужбе/предлога за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења одређен главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције (члан 2 став 1 тачка 3 ЗКП). Из садржине норме закључује се да лица која никада нису била обухваћена потврђеном јединственом оптужницом (нпр. саосумњичени против кога се водила одвојена истрага или против кога је кривични поступак раздвојен у фази истраге), неће стећи својство саоптуженог. Самим тим, овај изузетак од примене начела непосредности није применљиву случају да лица нису била саоптужени у кривичном поступку, што је законска заштитна гаранција да је окривљеном омогућено у ранијој фази да преиспитује такав исказ. Упркос томе, у судској пракси изузетак од примене начела непосредности примењује се и када је реч о саосумњиченима.

Држави сепрепушта поље слободне процене у погледу правила о прихватљивости (дозвољености) доказа. Задатак Суда није ни да цени да ли су правила исправно примењена, већ да ли је кривични поступак у целини био правичан. Из угла примене члана 6 став 1 и став 3 (д) Конвенције, проблем настаје ако се истрага води против два осумњичена, а раније саслушани првоосумњичени и његов бранилац немају „адекватну и праву прилику“ да, током спровођења доказне радње саслушања другоосумњиченог, преиспитују исказ другоосумњиченог постављањем питања. Други проблем је нормативан. Правилао присуству доказним радњама (члан 300 ЗКП) не прописују право осумњиченог и његовог браниоца да присуствују саслушању саосумњиченог. Појам „сведок“ у пракси ЕСЈП је аутономан. Обухвата саокривљеног чији исказ имају право да преиспитују остали саокривљени.

У упоредном праву проналазимо примере решења ситуације када се јединствени кривични поступак раздваја у односу на окривљене – могућност да се оптужени/осумњичени саслушају као сведоци.¹⁴⁶⁰

Издвајају се и примери из судске праксе САД у погледу штетне природе и ефеката исказа саокривљеног. Судија је у случају *Bruton v. United States*, 391 U.S. 123 (1968), дао пороти инструкције: "Признање окривљеног ван суда не може да се сматра доказом против другог окривљеног који није био присутан и ни на који начин није био странка у признању. Сваки окривљени има право да његов случај буде утврђен на основу његових властитих поступака и изјава и других доказа у предмету који се могу применити на њега".¹⁴⁶¹

¹⁴⁵⁹ *Kaste and Mathisen v. Norway*, ECtHR, App. nos. 18885/04 and 21166/04, 9 November 2006, final on 9/2/2007, para 53

¹⁴⁶⁰ У праву Аустрије, „сведоци могу бити само особе који нису оптужени (§ 154 (1)), тако да се оптужени могу саслушати само у поступку против њих као оптужени. Али, ако је случај против неколико оптужених, осумњичених за раздвајање, *свако може у том процесу да буде саслушан као сведок против другог, али одбити да сведочи* (§ 157 Abs 1 Z 1; s Rz 350). Вид.: С. Bertel, А. Venier, стр. 121.

У Законнику о кривичном поступку Црне Горе, члану 118 став 1 тачка 2, међу правилима о сведоцима, прописано је да се „не смеју заклињати лица за која је *доказано* или за која постоји *основанасумња* да су извршила или учествовала у кривичном делу због кога се саслушавају“. Ово решење је имао и наш претходно важећи Законик о кривичном поступку, у члану 107 став 1 тачка 2.

Доктрина објашњава да се привилегија против самооптуживања односи и на сведоке. Вид. В. Бајовић (2008), стр. 6.

¹⁴⁶¹ Paul Marcus, "The Confrontation Clause and Co-Defendant Confessions: The Drift from *Bruton* to *Parker v. Randolph*", *Law Forum*, No 3, 1979, стр. 559 – 560.

Апсолутна забрана коришћења изјава саокривљених довела је до бројних практичних проблема (бројност случајева, брзина и економичност поступка, интереси доказивања). Постојала је тенденција да се правило ограничи. Покушаји избегавања тешкоћа у вези са конфронтационом клаузулом и одржавања ефикасног кривичног гоњења у заједничким судским поступцима огледали су се и у креирању практичних правила и техника. Судска пракса је примењивала: правило безопасне грешке односно безопасна грешка коришћења исказа („*harmless error*“), брисање упућивања на саокривљеног где је то могуће („*redaction*“), испреплетана признања („*interlocking confessions*“) која настају када окривљени даје изјаву којом се на неки начин уплиће у кривично дело (инкриминишућа изјава), а затим се уводи признање саокривљеног који именује окривљеног и, бар у одређеним аспектима, преклапа или потврђује изјаву окривљеног.¹⁴⁶²

Лишење права на суочење окривљеног са саокривљеним произлази из *common law* правила. Изјаве једног учесника у завери (*conspiracy*) допуштене су против другог, упркос *hearsay* правилу, под условом да су дате током завере.¹⁴⁶³ Ово правило је проширено у судској пракси Врховног суда САД. У пресуди *Evans v. State*, наводи се да: „Није било погрешно, да се прихвати изјава Вилијамса (*Williams*), саоптуженог, у случају у коме је било довољно доказа да се утврди *prima facie* случај завере (*conspiracy*) између Вилијамса, Труета (*Truett*) и оптуженог Еванса (*Evans*) да су завереници извршавајући заверу украли аутомобил и лишили живота лица, када је изјава дата након извршења кривичног дела, али док су заверу наставили оптужени и његов саучесник у завери, Вилијамс, прикривањем њиховог идентитета, чувањем тајне извршења злочина и порицањем њихове кривице.“¹⁴⁶⁴

Доктрина указује да заверау процесном смислу, у погледу могућности за коришћење „сведока по чувењу“ („рекла – казала“ сведочења – *hearsay exception*), производи „проблеме и тешкоће у односу на одбрану.“¹⁴⁶⁵ Допуштеност коришћења тзв. деривативних доказа када је реч о завери везује се за услове: 1. постојања завере и учешћа осумњиченог/окривљеног у њој; 2. идентификовања *hearsay* осумњиченог/окривљеног у односу на друго лице које је било инволвирано у исту заверу; 3. изјава је сачињена у правцу завере и употпунила сазнања о завери.¹⁴⁶⁶

4.3.1. Судска пракса

Из судске праксе Врховног касационог суда произлази да “исказ саокривљеног у одвојеном (раздвојеном) кривичном поступку, није сам по себи „недозвољен доказ“, да „таква процесна ситуација када је доказ који терети окривљеног прибављен у другом кривичном поступку, без могућности да се окривљени о том доказу изјасни и да побија његову веродостојност услед неприсуствовања доказној радњи (јер његово присуство по закону није обавезно)“, може да се уподоби са процесном ситуацијом и положајем

¹⁴⁶² Примена ових опција имала је позитивне стране, али и бројне тешкоће. Више о томе: *Ibid.*, стр. 569–581.

¹⁴⁶³ *Confrontation: The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 62, No. 4 (Dec., 1971), Published by: *Northwestern University Pritzker School of Law Stable URL*, стр. 516, доступно на <https://www.jstor.org/stable/1141704>, приступљено 24. маја 2019.

¹⁴⁶⁴ Вид.: 222 Ga. 392 (Ga. 1966), доступно на <https://casetext.com/case/evans-v-state-885>, приступљено 4. јуна 2019.

¹⁴⁶⁵ М. Шкулић (2021), стр. 93.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, стр. 96.

окривљеног у случају „понављања поступка у коме је окривљени осуђен у одсуству“, те се примењује одредба члана 481 став 2 ЗКП.¹⁴⁶⁷

Упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника предузима се према члану 406 став 1 тачка 5 ЗКП, али пресуда не може да се заснива искључиво или у одлучујућој мери на таквом исказу. Суштина овог издвојеног дела става је да саучесник не може да се испита као сведок нити да се суочи са окривљеним, јер је већ осуђен, па да самим тим постоји оправдан разлог да се примени изузетак од начела непосредности.

Узима се у обзир и остваривање начела једнакости „оружја у поступку у којем „процесни учесници једновремено користе процесне алате и овлашћења“ (поступак у коме је било „више неправноснажно осуђених лица“), али се и налази да постоји рестриктивна опција да се саокривљени саучесник испита као сведок у кривичном поступку, позивањем у суштини на постојање „оправданог разлога“.¹⁴⁶⁸

Одлука судећег већа да ли ће да прибегне упознавању са садржином исказа саокривљеног зависи, према поменутом ставу ВКС – а, од примене нефлексибилног другог теста у пракси ЕСЉП за оцену да ли је држава чланица повредила члан 6 став 1 и став 3 (д) Конвенције.¹⁴⁶⁹ Полазећи од става, нормативно решење може да доведе до злоупотребе споразума о признању кривичног дела у фази истраге и ризика “одлучујућег доказа” (или

¹⁴⁶⁷ Из предмета Кзз 1142/2017. Цитат преузет из: Веско Крстајић, „Активности кривичног одељења Врховног касационог суда на уједначавању судске праксе“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/18, Intermex, Београд, стр. 19.

¹⁴⁶⁸ Одговор Врховног касационог суда на питање нижестепених судова је резултат анализе три ситуације 1. понављање поступка осуђеном у одсуству, с обзиром на то да члан 481 став 2 ЗКП изричито забрањује саслушање саучесника окривљеног који је већ осуђен („због забране да једно лице у истом процесном догађају има двоструку процесну улогу“); 2. постоји више *неправноснажно осуђених лица*, па се првостепена пресуда у односу на неке укине и врати на поновно суђење („фактичка примена забране из члана 481 став 2 ЗКП“); 3. постоји више саокривљених, па се у односу на неке поступак раздвоји („фактичка примена забране из члана 481 став 2 ЗКП“).

Занимљиво је да се у другој ситуацији образлаже одговор да је постојала могућност да „процесни учесници једновремено користе процесне алате и овлашћења“ (могућност да се саокривљени „саслушају, суоче, постављају једни другима питања“), чиме се у извесној мери позива посредно на начело једнакости „оружја“ и право на „суочење“.

У вези треће ситуације, има напомена којом „неспојивост процесних функција“ практично „пада у воду“. „Изузетно се саокривљени може испитати у својству сведока под условом да се разлози образложе („конкретно образложење“ изузетка). Када није реч о типичним процесним ситуацијама (првој и другој) искористиће се *могућност* (не формална обавеза) из члана 406 став 1 ЗКП. У суштини, указано је на примену првог теста коришћења исказа нетестираног сведока (који произилази из члана 406 став 1 тачка 1 ЗКП) и на томе се зауставило. Вид.: Одговори кривичног одељења ВКС на питања Вишег суда у Смедереву, доступно на <http://cdn-host.bgdream.net/lt/news/sudska-praksa/odgovori-na-pitanja-podrucnih-sudova/krivicno-odeljenje/odgovori-krivicnog-odeljenja-na-pitanja-viseg-suda-u-smederevu.html>, приступљено 21. јануара 2020.

¹⁴⁶⁹ Ипак, Врховни касациони суд у пресуди Кзз 1142/2017 од 23.11.2017. године, налази да је захтев за заштиту законитости основан, јер је „осуђујућа пресуда у конкретном случају заснована *искључиво на исказу раније осуђеног саокривљеног*, који је он оповргао и који *није поткрепљен доказима* на које се позивају првостепени и другостепени суд *нити проверен евентуално другим доказима*“. Цитат преузет из: Радоман Спарић, „Спорна правна питања у примени Законика о кривичном поступку: Право окривљеног (одбране) да испитује сведоке у кривичном поступку – судска пракса и међународни стандарди“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2018, Intermex, Београд, стр. 181.

Приметно је да залажење у питање „провере доказа другим доказима“ представља заправо примену трећег теста ЕСЉП – постојање „расположивих фактора уравнотежења“.

ситуације када постоји неизвесност да ли је доказ одлучујући односно када доказ има „значајну тежину и његово коришћење може да угрози одбрану“).

Нису ретки случајеви да се води јединствена истрага, а да саокривљени на записник, према правилима о саслушању окривљеног, у присуству браниоца, да исказ пред јавним тужиоцем. Ова процедура се примењује као припремна фаза за закључење споразума (одвојено од закључења споразума) о признању кривичног дела, односно саставни део поступка закључења споразума о признању кривичног дела.¹⁴⁷⁰ О радњи се не обавештава саокривљени нити његов бранилац. Из раније наведених примера видљиво је да се и решења о потврђивању оптужнице заснивају, између осталог, на овом исказу. Кривично ванпретресно веће није надлежно да цени доказе, те „судбина“ доказа зависи од резултата главног претреса који ће показати тежину односно важност доказа. Уколико се доказ покаже „одлучујућим“ или „неизвесним“, судеће веће не може да примени члан 406 став 1 тачка 5 ЗКП.¹⁴⁷¹

Акоби се исказ саокривљеног третирао као нетестирани исказ „сведока“ у смислу тумачења Конвенције ЕСЈП¹⁴⁷², коришћење овог исказа довело би се у везу са три теста правичног поступка у целини. Најпре би се ценило да ли постоји оправдан разлог за коришћење исказа нетестираног „сведока“ (да ли је држава предузела све мере да се обезбеди присуство као сведока на главном претресу лица које је дало исказ у ранијој фази поступка, те да ли је ова мера *ultima ratio* карактера). Даље би се разматрало правило „јединог и одлучујућег доказа“ које се не цени круто (нефлексибилно), већ у вези са применом фактора уравнотежења (посебна пажња при оцени исказа саокривљеног, судско саслушање саокривљеног уз присуство браниоца првоокривљеног).

Део судске праксе доследно следи „забрану да једно лице у истом процесном догађају има двоструку процесну улогу“ и објашњава је тиме да због различитог процесног положаја окривљеног и сведока, у погледу већ осуђеног саучесника, постоји „неспојивост процесних функција.“¹⁴⁷³ Ово се нормативно не може критиковати. У нашем законодавству једини

¹⁴⁷⁰ Поступак страначког споразумевања о признању кривичног дела издваја три фазе: преговори за закључење споразума, закључење споразума и доношење одлуке о споразуму (члан 74 став 1 тачка 8 ЗКП). Пракса предузимања доказне радње саслушања саокривљеног на околности кривичног (кривичних) дела које (која) се ставља(ју) на терет више окривљених, у фази преговора за закључење споразума, без претходног раздвајања кривичног поступка у супротности је са *inter partes* карактером споразума.

Према судској пракси Врховног Касационог суда (у предмету Кзз 1433/2017) неспорно је да „признање окривљеног као саставни и неопходни део споразума о признању кривичног дела између њега и тужиоца, нема ни форму ни карактер исказа у смислу одредаба ЗКП о испитивању окривљеног у истрази и на главном претресу“..., „већ је то воља странака о окончању поступка“. Цитат преузет из: В. Крстајић, стр. 19.

¹⁴⁷¹ У судској пракси се као пример издваја пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 – 393/17 од 30.3.2017. године у којој се налази да сама чињеница да је саокривљени у својој одбрани у полицији, у присуству браниоца, „навео да је предметно кривично дело извршио са окривљеним, може представљати извесну индицију о окривљеном као извршиоцу, али никако довољан, поуздан и несумњив доказ“, „јер би се у супротном осуда одлучујуће заснивала на непровереном доказу“. Цитат преузет из: Р. Спарих, стр. 183.

¹⁴⁷² „Када исказ може у значајној мери да се користи као основ за осуђујућу пресуду, онда, без обзира на то да ли је исказ дао сведок у строгом смислу речи или саокривљени, представља доказ за тужилаштво на који се примењују гаранције предвиђене чланом 6 став 1 и 3 (д) Конвенције“. „Чињеница да би суд могао да прихвати изјаве дате пре суђења ако саокривљени одбије да сведочи, окривљеног не може да лиши права из члана 6 став 3 (д) Конвенције“ у погледу било којих материјалних доказа против њега. Вид.: *Lucà v. Italy*, ЕСtHR, App no. 33354/96, 27 February 2001, final on 27/5/2001, para 41, 42

¹⁴⁷³ У случају када је лице дало исказ у својству сведока пред истражним судијому једном предмету (у поступку који се води против његовог ранијег саокривљеног), а у другом предмету је правноснажно

типични спој процесних функција под законом утврђеним условима постоји када је реч о окривљеном сараднику који је дужан да да исказ о свему што му је познато о кривичном делу које је предмет поступка, да говори истину, да ништа не прећути, да положи заклетву, али се не може позвати на погодности ослобођења од дужности сведочења, као и да одговори на поједина питања.¹⁴⁷⁴ Својеврсан вид мешања процесних функција правда се практичним значајем „кооперативних сведока“.¹⁴⁷⁵

4.3.2. Пресуда Димовић против Србије

На седници Врховног касационог суда заузет је став да записник полиције о саслушању осумњиченог који је извршен у присуству браниоца, може да се користи као доказ у поступку против другог саоптуженог у погледу кога је кривични поступак раздвојен.¹⁴⁷⁶

У предмету ЕСЈП *Димовић против Србије*, Суд је нашао да је дошло до повреде члана 6 став 1 и 3 (д) Конвенције.¹⁴⁷⁷ Саокривљени је дао исказ у полицији у присуству браниоца из којег је произлазило да је заједно са подносиоцима представке украо пресу за грожђе. Умро је након укидања првостепене пресуде, а пре поновног суђења осталим окривљенима, па је кривични поступак против њега обустављен. У току првостепеног поступка, тужилаштво није предлагало суду да ову изјаву призна као доказ, нити је то суд учинио на сопствену иницијативу.

Суд је исказ саокривљеног третирао као “непроверени доказ сведока”. Ценио је да није постојао добар разлог да се раније не разматра изјава саокривљеног као доказ у предмету, а да је због недостатка марљивости домаћих органа прихваћена изјава саокривљеног као непроверени доказ. Исказ саокривљеног био је „одлучујући“. У предмету је неспорна једино била чињеница да су саокривљени поседовали пресу за грожђе. Није постојао ниједан материјални доказ. Није било довољно уравнотежујућих фактора – није показана посебна пажња приликом оцене непровереног исказа саокривљеног нити му је дата

оглашен кривим, истиче се да лице има „различито процесно својство у овом поступку“, у односу на поступак пред другим судом који је правноснажно окончан, да је „различита процесно – правна природа процесне улоге сведока и процесно – правна природа процесног својства окривљеног“, да су различита „права и обавезе сведока и окривљеног у кривичном поступку“, те да постоји „неспојивост њихових процесних функција“. Из наредбе Првог основног суда у Београду К бр. 1323/15 – 2 Кв. бр. 1301/15 од 22.10.2015. године, прибављене непосредно у Првом основном суду у Београду

¹⁴⁷⁴ Шкулић наводи да „термин „сарадња“ није уобичајен за кривичну процедуру, где се по правилу строго води рачуна о одвојености кривичнопроцесних функција, тако да сваки субјект остварује своја права и дужности, без потребе за неком посебном сарадњом, која може подразумевати и одређену конфузију процесних функција“ због чега је потребно да се овакав исказ као доказ у поступку нарочито пажљиво цени. Вид. М. Шкулић (2020 а), стр. 353.

¹⁴⁷⁵ Препорука о застрашивању сведока и правима одбране напомиње “истакнуту улогу коју сарадници правде играју у борби против организованог криминала“. Такође, Препорука Савета Европе о заштити сведока и сарадника правде указује да би „заштита сарадника правде требала да буде усмерена на очување њиховог кредибилитета и јавне сигурности“.

¹⁴⁷⁶ Одговори Кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 4.4.2014. године. Одговор се односио на конкретну ситуацију када је једно лице оптужено за кривично дело из члана 246 став 1 КЗ, а друго за кривично дело из члана 246а став 1 КЗ, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/odgovori-na-sporna-pitanja>, приступљено 21.1.2020.

¹⁴⁷⁷ *Димовић против Србије*, Представка бр. 24463/11, 28. јун 2016. године, пар. 48

„мања тежина“, није било „додатног оптужујућег доказа“¹⁴⁷⁸, суд по службеној дужности није проверавао изјаву саокривљеног односно испитивао његове тврдње¹⁴⁷⁹.

Законкојисе темељио на формалној оцени доказа утврђивао је претпоставке које су биле захтевни, строги и детаљни услови за прихватање сведочења саучесника. Марковић је писао о разлозима против доказне вредности „сведочбе саучесника“, који чине сведоцбу сумњивом, али могу и да не постоје: интерес саучесника да кривицу натура другоме, укаљаност учешћем у кривичном делу и настојање да олакшају себи положај тиме да отклоне сумњу од правих учесника или да отежају или замрсе истрагу.¹⁴⁸⁰

Оцени доказног кредибилитета исказа саокривљеног потребно је приступити нарочито пажљиво и брижљиво. Типичне су ситуације да окривљени пружа активну одбрану тако што радње које му се стављају на терет приписује другом саокривљеном. Васиљевић наводи да су доказ, „иако не садрже признање, они делови исказа у којима окривљени, поред признања своје кривице или без тог признања, терети друге окривљене“.¹⁴⁸¹ Поменути аутор примећује да је аргумент против „кривичне одговорности окривљеног за лажно исказивање о кривичном делу лица према коме се поступак већ води (заједнички или посебно)“ то да је „штета оваквих лажних исказа мања него што изгледа: суд који своју одлуку према неком лицу треба да заснује на исказу окривљеног, зна да исказ долази од лица које може имати посебног интереса да не говори истину, и због тога тај исказ проверава другим доказима и обазриво цени.“¹⁴⁸²

У правној науци указује се на практичне недостатке метода испитивања полицијских службеника који се односе на темпо и тон испитивања. „У предметима где оптуженик пориче оптужбе полицијски службеници обично се службе дугачким испитивањима, стално се враћајући на исто питање. Службеници могу сугерирати оптуженику да ће признањем олакшати своју савест и да ће му оно бити од користи“¹⁴⁸³.

5. Право окривљеног на преиспитивање вештачења

На основу Законика о кривичном поступку, одбрана нема могућност да ангажује своје вештаке. У правној науци истиче се да је управо стручни саветник, нова категорија процесних субјеката, уведена да би се заштитила права одбране и обезбедило начело једнакости „оружја“.¹⁴⁸⁴ Осим тога, налази се да је стручни саветник установљен „ради

¹⁴⁷⁸ „Домаћи органи нису озбиљно покушали да сакупе даље доказе да би се утврдиле пресудне чињенице за утврђивање кривичне одговорности подносилаца представке, конкретно да ли је преса за грођје била напуштена или је била у функцији“ (пар. 45).

¹⁴⁷⁹ Бранилац је током поступка (првостепеног и након укидања пресуде) оспорио изјаву саокривљеног, да ли је уопште дата и ако је дата да је дата под дејством алкохола.

¹⁴⁸⁰ Б. Марковић (1926), стр. 355.

¹⁴⁸¹ Т. Васиљевић (1964), стр. 291.

¹⁴⁸² *Ibid.*, стр. 295.

¹⁴⁸³ J. Herrmann, стр. 261.

¹⁴⁸⁴ Zoran Stojanović, Đorđe Ignjatović, Vanja Bajović, „Part II. Criminal Procedure“, Serbia, *International Encyclopaedia for Criminal Law* (eds. Frank Verbruggen, Vanessa Franssen, Roger Blanpain), Kluwer Law International BV, Netherlands, 2018, стр. 182., доступно на <https://www.kluwerlawonline.com>, приступљено 12. маја 2019.

проширења поља начела контрадикторности и на утврђивање чињеница путем вештачења¹⁴⁸⁵.

Према законском уређењу, задатак стручног саветника је да пружи помоћ окривљеном у одбрани у току поступка вештачења, након вештачења и израде налаза и мишљења вештака, као и на главном претресу поводом вештачења. Начело једнакости „оружја“ не захтева да државе законом уведу и уреде положај страначких вештака, већ да успоставе равноправан процесни положај странака у односу према предмету вештачења. Циљ се постиже и: 1. гаранцијама неутралности и непристрасности вештака; 2. правилним преиспитивањем сумње у непристрасност вештака у конкретном случају; 3. правима и правним средствима окривљеног утврђеним ради контроле рада вештака, пружања праве и довољне прилике да се изнесу примедбе због недостатака у вештачењу и у предузимању доказних, стручних и техничких радњи које претходе вештачењу и темељ су вештачења.

Заштитне гаранције непристрасности вештака су одређивање вештака по правилу са списка сталних судских вештака, одређивање вештачења комисије вештака и вештачења стручне установе (члан 114 ст. 2, 3 и 4 ЗКП), право окривљеног и браниоца да поднесу захтев за изузеће вештака и дозвољеност изјављивања жалбе против решења којим се одбија захтев за изузеће вештака (члан 42 став 1 ЗКП, члан 116 ст. 2 и 4 ЗКП),¹⁴⁸⁶ право окривљеног на достављање наредбе суда о вештачењу (члан 117 став 5 ЗКП), на захтев да га обавести руководиоца стручне установе о именима лица која ће извршити вештачење (члан 121 став 4 ЗКП).

Права и правна средства одбране ради контроле вештачења су, осим права окривљеног на ангажовање стручног саветника и захтева за постављање стручног саветника (члан 125 став 2 и 3 ЗКП), пре свега право на разматрање списа и разгледање предмета/уознавања са прикупљеним доказима из истраге, право на примедбе на налаз и мишљење вештака, право на позивање ради испитивања вештака, право на питања и примедбе на предузимање радње (члан 123 став 4 ЗКП, члан 300 став 1 и став 8 ЗКП), приговор и притужба због неправилности у току истраге (члан 312 ЗКП), право на унакрсно испитивање вештака на главном претресу, на примедбе и објашњења у вези са изведеним доказом (члан 389 став 1 тачка 3 ЗКП, члан 396 став 4 ЗКП, члан 402 став 2 ЗКП), право да се предложи поновно испитивање вештака, допунско или ново вештачење (члан 124 ЗКП).

5.1. Модели вештачења у кривичним поступцима

Према начину увођења вештака у кривични поступак, разликују се три модела вештачења. Први је прихваћен у *адверзијалним поступцима*. Почива на идеји да се једнаким правом странака на ангажовање стручних лица одржава равнотежа у кривичном поступку у целисти. Странке бирају и финансирају стручњаке који поступају по њиховим упутствима и

¹⁴⁸⁵ В. Ђурђић (2014), стр. 296.

¹⁴⁸⁶ Одбрана у пракси неретко подноси захтеве за изузеће вештака по основу непристрасности о којима се одлучује. Литература је подељена када је реч о питању дозвољености ових захтева. Упор.: Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар законика о кривичном поступку*, Дванаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник – Правни факултет Универзитет Унион, Београд 2011, стр. 271 – 272., В. Ђурђић (2014), стр. 298., са Г. П. Илић *et al.* (2018), стр. 392.

Закон о кривичном поступку Немачке не искључује захтев изузеће због сумње у погледу непристрасности (§ 74 (1,2) у вези § 24 (1,2) StPO).

немају засебан статус у кривичном поступку, те се третирају као врста сведока („*expert witnesses*“, „*skilled witnesses*“, „*professional witnesses*“).¹⁴⁸⁷

Припрема исказа вештака често укључује опсежан, детаљан кооперативни рад стручњака и адвоката који га је ангажовао, у ишчекивању борбе, под претњом напада.¹⁴⁸⁸ Једна од основних критика овог модела вештачења је да поједини страначки вештаци налазе задовољство у страначкој „битци“, нарочито јер су плаћени да учествују у поступку, због чега је упитна њихова објективност и непристрасност.

Довољне су минималне квалификације страначких вештака (обављање стручних тренинга и стручна искустава практичара),¹⁴⁸⁹ алиобразовање, стручност и искуство у пракси имају значај. У неким предметима истакнуте стручне квалификације могу да имају врло важну улогу. О стеченим квалификацијама достављају се докази.¹⁴⁹⁰

Темељне карактеристике овог модела вештачења су у вези са особеностима модела кривичног поступка. Странкама је дозвољено и од њих се очекује да организују научне истраге и да поднесу страначке доказе пред судом, основни начин тестирања научних доказа је унакрсно испитивање вештака на суђењу од стране браниоца (уз или без помоћи приватних вештака), а о меритуму научног случаја одлучује лаичка порота.¹⁴⁹¹

Пре почетка суђења странке имају обавезу откривања научних доказа. Страначки вештак врши сопствено истраживање, бира стручњаке које ће консултовати, студије, методологију. Корисна улога вештака одбране условљена је могућношћу да предузимају тестове на непромењеним траговима, а не само да уопштено критикују методе које је применио тужилачки вештак.¹⁴⁹² Ради постизања ефекта исказа на пороту делотворно представљање вештака током основног испитивања постиже се прилагођавањем исказа просечним грађанима, употребом допунских помагала, показивањем објективног приступа и ауторитета. Уобичајни редослед током основног испитивања је: 1. представљање вештака (идентификација лица, разлог појављивања односно улога у случају, представљање да му се може веровати); 2. тренинзи, образовање, искуство који су основа за специјализовано знање; 3. мишљење; 4. разлози за мишљење.¹⁴⁹³ Када је реч о унакрсном испитивању важно је да је вештацима дата одговарајућа прилика да објасне своје научне доказе.

Континентално – европски модел вештачења одликује учешће судског вештака („*official expert*“), неутралног и непристрасног, кога именује суд и има посебан статус у поступку. Вештак се третира као „помоћник суда“, због чега суд одређује задатак вештаку и

¹⁴⁸⁷ Описује се партизански карактер страначког вештака. „Увек спреман, чак и жељан, да служи странци која га зове.“ Вид. F. L. Wellman, стр. 101.

Дамашка наводи развијање осећаја солидарности са одбраном, „осећаја чланова одбрамбеног тима“. Вид.: М. Дамашка (2007), стр. 8.

¹⁴⁸⁸ S. R. Gross, стр. 1139.

¹⁴⁸⁹ Више о томе: Thomas A. Mauet, Les A. McCrimmon, стр. 120.

¹⁴⁹⁰ У литератури се говори о „подупирању тежине сведочења“ – доказивање академске, професионалне каријере, веза искуства са предметом вештачења, додатна стручна обука о предмету вештачења. О томе: S. R. Gross, стр. 1159.

¹⁴⁹¹ Paul Roberts, „Science, experts, and Criminal Justice“, *The Handbook of the Criminal Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, New York, 2002, стр. 274.

¹⁴⁹² J. R. Spencer (2002 b), стр. 632.

¹⁴⁹³ О томе: T. A. Mauet, Les A. McCrimmon, стр. 124 – 132.

контролише његов рад.¹⁴⁹⁴ Суд даје упутства вештаку и плаћа му издатке. Контролише вештачење по службеној дужности (саслушањем вештака, одређивањем допунског или поновног вештачења).

Гаранције и претпоставке непристрасности, стручности и поузданостису услови за именовање вештака (по правилу одређивање са службеног списка сталних вештака, сложена вештачења и вештачења установе, улога државе у поступку именовања и разрешења сталних вештака) и кривичноправна одговорност вештака (кривично дело давање лажног исказа).

Захтеви начела једнакости „оружја“ задовољавају се: 1. уређивањем једнаког права странака на процесне механизме преиспитивања непристрасности вештака (изузеће вештака), обавештавањем о именованим вештацима ради стварања прилике да се користи захтев за изузеће (§ 74 (1,2) у вези § 24 (1,2) StPO); 2. правом одбране на правна средства и правима ради преиспитивања неутралности, непристрасности и правилног и квалитетног рада вештака (захтев за изузеће, право на постављање питања вештаку, право на доказне предлоге за допунско и ново вештачење, предлог за одређивање новог вештака).

Активна улога вештака у кривичном поступку резултат је „права на одређену доказну иницијативу“ коју има само уколико присуствује увиђају, реконструкцији или другој радњи доказивања, када може да предложи да се разјасне поједине околности, или сугерисати да се лицу које се саслушава или испитује поставе поједина питања.¹⁴⁹⁵ Суд одређује задатак судским вештацима. Основна критика је на који начин да се омогући окривљеном, који нема научна и стручна знања, „адекватна и права прилика“ за преиспитивање налаза и мишљења судског вештака и његовог исказа.

На главном претресу, суд процењује да ли је саслушање приватно ангажованог стручњака кога је предложио оптужени у фази припрема за главни претрес, у захтеву да се лице позове на главни претрес, или непосредно позваног стручњака, „корисно у циљу расветљавања предмета“ (§ 220 (3) StPO). Ови стручњаци се не изједначавају са сведоцима вештацима у *common law* – у, нити имају засебан положај у кривичном поступку.¹⁴⁹⁶

Трећи систем је *meshoviti*. Карактерише га постојање судских вештака паралелно са страначким одређивањем стручњака. У италијанском кривичном поступку може да учествује судски вештак (*perito del giudice*), технички саветник државног тужиоца (*consulente tecnico del pubblico ministero*) и технички саветник приватне странке (*consulente tecnico di parte*). Судски вештак је саветник суда, именован са листе стручњака, који треба да обавља своје дужности искључиво у намери да се сазна истина и има „обавезу поверљивости“¹⁴⁹⁷ у току свог истраживања. Подложен је кривичној одговорности, грађанској одговорности према странкама и дисциплинској. Кривично одговара за одбијање прописаних правних служби (Articolo 366 CPP – *rifiuto di uffici legalmente dovuti*), лажно стручно мишљење или тумачење (Articolo 373 CPP – *falsa perizia*) и преваре у доношењу пресуде (Articolo 374 CPP – *frode processuale*).

Када се припреми извештај судског вештака, државни тужилац и приватне странке имају право да именују техничке саветнике (*consulenti tecnici*), на свакој страни у броју који

¹⁴⁹⁴ О томе: С. Roxin, В. Schünemann, стр. 217.

¹⁴⁹⁵ М. Шкулић (2020 а), стр. 231.

¹⁴⁹⁶ М. Bohlander, стр. 147., 153.

¹⁴⁹⁷ Rossella Cerchia, „The Liability of the Expert Witness: A Deep Discrepancy between Law in Books and Law in Action in the Italian Legal System“, *European Review of Private Law* 4/2013, стр. 1096.

не прелази број судских вештака.¹⁴⁹⁸ Такође, ако није одређено вештачење, свака страна може да именује не више од два техничка саветника (Articolo 233 comma 1 CPP). У овом случају, технички саветник приватне стране може да се овласти по захтеву браниоца. Има право испитивања ствари у месту где се налазе, интервенција у инспекцијама и испитивања предмета инспекција у којима претходно није интервенисао (Articolo 233 CPP).

Стручњак који се интегрише у рад браниоца и јавног тужиоца, не полаже заклетву.¹⁴⁹⁹ Технички саветник који кршећи своје професионалне дужности штети интересима странке којој помаже, кривично одговара.¹⁵⁰⁰ У случају да је одређено вештачење, посебно су утврђена права именованог техничког саветника пре спровођења вештачења (право присуствовања одређивању задатака вештаку, право на подношење судији захтева, примедби и резерви и право на њихово евидентирање), током вештачења (право учествовања, предлагања специфичних истраживања, право на примедбе и резерве и на њихово евидентирање), као и након обављеног вештачења (право преиспитивања извештаја и правона захтев за одобрење испитивања предмета вештачења). У правној теорији се описује двострука улога техничких саветника. Осим стручне помоћи одбрани, технички саветници могу бити „самостојно доказно средство“, јер се могу саслушати у директном саслушању.¹⁵⁰¹

У законодавству Северне Македоније утврђено је право јавног тужиоца, окривљеног и браниоца да именују страначке техничке саветнике, по правилу са регистра вештака, чија улога је ограничена на прикупљање доказа и података и оспоравање вештачења, а њихов дозвољен број је ограничен на два (члан 244 (1) ЗКП СМ).

5.2. Захтеви начела једнакости „оружја“ у погледу вештачења

Стручна пракса издваја основна општа питања која ЕСЉП разматра у вези са применом начела једнакости „оружја“ и поштовања права на правично суђење у целини у случају спровођења вештачења: да ли је поштовано право окривљеног да се упозна са вештачењем, да ли му је омогућено да поставља питања, ставља примедбе и даје сопствену оцену о вештачењу.¹⁵⁰² Право окривљеног да захтева „алтернативно вештачење“ („ново вештачење“) није апсолутно.¹⁵⁰³

Примена члана 6 став 3 (д) Конвенције односи се и на сведока вештака (приватног вештака, страначког вештака)¹⁵⁰⁴. Остваривање начела једнакости „оружја“ важно је у

¹⁴⁹⁸ Articolo 225 comma 1 *Codice di Procedura Penale – CPP*, Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, Aggiornato alla Legge 26 aprile 2019, n. 36

¹⁴⁹⁹ R. Cerchia, стр. 1099.

¹⁵⁰⁰ *Patrocinio o consulenza infedele*, Articolo 380 Codice penale, *Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto* 19 ottobre 1930, n. 1398, con le modifiche apportate, da ultimo: dalla L. 19 luglio 2019, n. 69

¹⁵⁰¹ Н. Матовски (2014), 45.

¹⁵⁰² Биљана Синановић, „Нове могућности доказивања коруптивних кривичних дела“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/18, Intermex, Београд, стр. 84.

¹⁵⁰³ У случају *Poletan and Azirovik v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Суд указује на дискреционо право првостепеног суда да одлучи о захтеву за алтернативно вештачење од стране страног или домаћег стручњака или институције. *Poletan and Azirovik v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. nos. 26711/07, 32786/10 and 34278/10, 12 May 2016, final on 17/10/2016, para 102

¹⁵⁰⁴ *J.M. and others v. Austria*, ECtHR, App. nos. 61503/14 and 2 others, 1 June 2017, final on 1/9/2017, para 116; *Doorson v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 20524/92, 26 March 1996, para 81 – 82

предметима у којима: 1. странке ангажују страначке вештаке; 2. постоји сумња у непристрасност постављеног судског вештака.

Није нужни захтев начела једнакости „оружја“ да странке именују страначке вештаке који ће учествовати у кривичном поступку. У првом случају, суд може да одбије саслушање вештака одбране, на исти начин као и саслушање обичног сведока ако оцени да његов исказ не доприноси разјашњењу чињеница случаја, иако се сагласио са саслушањем сведока оптужбе.¹⁵⁰⁵ Међутим, ако у поступку учествује страначки вештак оптужбе који износи исказ против оптуженог, оптужени има у односу на њега права у складу са чланом 6 став 3 (д) Конвенције (право на испитивање/постављање питања), те једнако право да се под истим условима који се примењују у односу на страначке вештаке оптужбе обезбеди присуство и саслушање вештака у његову корист.

Оцена да ли је повређено начело једнакости „оружја“ зависи пре свега од личности вештака, његовој независности од суда и странака, али и његовог процесноправног положаја.¹⁵⁰⁶ Тумачи се да у систему у коме суд позива вештака, странке немају право да позивају своје вештаке ради преиспитивања овог доказа осим ако постоје објективно оправдани страхови у погледу непристрасности судског вештака.¹⁵⁰⁷

Европски суд за људска права у другом случају примењује три теста: 1. да ли постоји сумња одбране у неутралност и непристрасност судског вештака, која је према околностима случаја *објективно оправдана*; 2. каква је улога вештака у поступку, односно *да ли је његова улога доминантна* (да ли је питање о коме се вештак изјашњавао пресудно за исход поступка, да ли је налаз и мишљење вештака једини доказ у погледу спорног питања у поступку); 3. да ли је процесни положај вештака (*expert*) једнако процесном положају сведока вештака, односно приватног вештака/страначког вештака („*expert witness*“).

Практични значај огледа се у налажењу Суда да приликом утврђивања процесног положаја и улоге вештака треба да се има у виду да ће вероватно мишљење постављеног судског вештака да има значајну тежину у судској оцени питања у надлежности вештака.¹⁵⁰⁸ Приликом оцене непристрасности, води се рачуна о томе и када је одбрана оспоравала личност вештака, да ли тек након што је доставио извештај који није ишао у прилог одбрани, иако су јој околности због којих истиче пристрасност биле познате и пре тога, а околност да је вештак запослен у установи која је израдила стручни извештај који је основ оптужбе, сама по себи не оправдава бојазан да он неће бити у стању да поступа са одговарајућом неутралношћу.¹⁵⁰⁹ Ни Суд ни Комисија нису признали опште право да оптужени саслуша свог стручњака у сваком случају где је службено именовани вештак подноси негативно мишљење за одбрану.¹⁵¹⁰

У државама које прихватају јавно–тужилачки модел истраге, важно је да ако се оптужница заснива на налазу и мишљењу вештака којег је у прелиминарној истрази именовано јавни тужилац, именовање истог лица као вештака од стране првостепеног суда

¹⁵⁰⁵ *Doorson v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 20524/92, 26 March 1996, para 81–82

¹⁵⁰⁶ А. Јакшић, стр. 195.

¹⁵⁰⁷ J. Jackson (2008), стр. 230.

¹⁵⁰⁸ *Shulepova v. Russia*, ECtHR, App. no. 34449/03, 11 Decembar 2008, final on 11/3/2009, para 62

¹⁵⁰⁹ Вид. *Brandstetter v. Austria*, ECtHR, App.11170/84; 12876/87; 13468/87, 28 August 1991, para 44

¹⁵¹⁰ S. Stavros, стр. 234.

повлачи ризик од повреде начела једнакости „оружја“, који може да се избалансира одређеним процесним заштитним мерама.¹⁵¹¹

Мере уравнотежења(уравнотежење специфичним процесним заштитним мерама) положаја оптуженог, које се односе се на право на преиспитивање личностивештака (мере провере неутралности и непристрасности)и рада вештака и околности релевантне за оцену њихове примене анализирају се у пракси ЕСЉП.

Важно је да су вештаци изнели исказ на суђењу, да су положили заклетву, да су се изјашњавали у погледу сумњи у њихову непристрасност (примања упутстава и поузданости установе која је вештачила), да су дали објашњења, да су оптужени и бранилац имали прилику да их посматрају и чују док износе исказ, да их испитују (у циљу откривања могућег сукоба интереса, недовољности расположивог материјала или недостатака у методама истраживања), да подносе захтев за алтернативно вештачење.¹⁵¹²

Означење у поступку стручњака као судског вештака не значи да је он имао суштински (фактички) положај судског вештака. Ако постоји објективна сумња у погледу његове непристрасности, треба да се третира као страначки (тужилачки) сведок (*expert witnesses*).

У случају *Bönisch v. Austria*, околности су указивале да је директор Федералног Института за контролу хране, који је сачинио извештај који је био основ за гоњење и одређен од стране суда за вештака,био више „сведок“ против оптуженог него вештак. Пресуда садржи значајне ставове.Суд не може да се ослони искључиво на терминологију која се користи у кривичном поступку, већ мора да узме у обзир процесни положај и начин обављања функције процесног субјекта. Начело једнакости „оружја“ захтева једнак третман у саслушању директора поменуте стручне установе и лица која су била или би могла бити позвана, у било ком својству, од стране одбране.¹⁵¹³ Извештај Института који је израдио директор, пре него што га је суд поставио, достављен је органима гоњења ради покретања кривичног поступка. Осим тога, овлашћења дата вештаку нису довољно гарантовала неутралност вештака, тако да се није могао сматрати судским вештаком.¹⁵¹⁴ Доминантан положај „судског вештака“ огледао се у томе да је могао да поставља питања оптуженом и стручњаку одбране (саслушаном по захтеву одбране који је анализирао контраузорке), док је стручњак одбране, као обичан сведок, само могао да одговара на питања судија и „судског вештака“. Постојала је објективно оправдана сумња у погледу неутралности „вештака“ у односу на тужилаштво – „спољна виђења („*appearances*“) указивала су да је „сведок“. Суд је у конкретном случају судског вештака третирао као "сведока" против окривљеног сврху члана 6 став 3 (д) Конвенције.

Суд налази да се начело једнакости „оружја“ није поштовалоу предмету *Stoimenov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*. Предмет поступка пред националним судом било је кривично дело неовлашћена производња и трговина дрогом и опојним средствима, из члана 215 Кривичног закона. Завод за форензичке науке (Управа за криминалистичку технику) тзв. „Биро“, који је радио у оквиру министарства, саставио је експертски извештај

¹⁵¹¹ *J.M. and others v. Austria*, ECtHR App. nos. 61503/14 and 2 others, 1 June 2017, final on 1/9/2017, para 128

¹⁵¹² *Poletan and Azirovik v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. nos. 26711/07, 32786/10 and 34278/10, 12 May 2016, final on 17/10/2016, para 101, 102.; *J.M. and others v. Austria*, ECtHR App. nos. 61503/14 and 2 others, 1 June 2017, final on 1/9/2017, para 120

¹⁵¹³ *Bönisch v. Austria*, ECtHR, App. no. 8658/79, 6 May 1985, para 32

¹⁵¹⁴ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u suradnji sa A.W.Heringa *et al.*, стр. 405.

о квалитету маковог катрана. На овом извештају се заснивала оптужница у погледу количине опијума. Одбрана је захтевала да научна установа да алтернативно мишљење о квалитету маковог катрана истичући чињеницу да је Министарство поднело кривичну пријаву, као и аргумент старости и лошег квалитета катрана. Суд је оценио да је мишљење сличније доказима против подносиоца представке који су користили тужилачки органи, а не “неутрално” и “независно” стручно мишљење.¹⁵¹⁵ Узео је у обзир да су понављани захтеви одбране били аргументовани, да се претпоставка апелационог суда „што је старији мак – катран, то бољи за употребу опијума“ није заснивала на извештају, оценивши да подносилац представке „није могао да оспори доказ јавног тужиоца“, те закључује да му је „*ускраћена могућност да изнесе аргументе у своју одбрану под истим условима као и тужилаштво.*“¹⁵¹⁶

5.3. Право странака на стручног саветника

Једна од основних новина у Законнику о кривичном поступку усвојеном 2011. године је нова категорија процесних субјеката – стручни саветник. *Ratio legis* увођења нове процесне установе у вези са вештачењем је практичне и нормативне природе. Претходно су странке само имале могућност да ангажују „неформалног консултанта“, нарочито ако треба „критички оценити резултате деловања вештака или специјалисте, те приликом разгледања процесних списа у којима су фиксирани ти резултати (записник о увиђају, писмени извештај вештака, записник о саслушању вештака, записник о саслушању специјалисте у својству сведока).¹⁵¹⁷ У доктрини се запажа да је наша судска пракса углавном стајала на становишту да се такав налаз и мишљење не могу уважити, јер таквог вештака није именовано суд и није упозорен на своје дужности.¹⁵¹⁸

Пружање стручне доказне помоћи окривљеном последица је активне улоге странака, поделе доказа (оптужбе и одбране), права окривљеног да прикупља доказе у корист одбране, постављање начела правичности за врхунско начело кривичне процедуре, потребе да се окривљеном у условима јавно–тужилачке истраге (одређивање вештака, формулисање питања за вештачење, руковођење вештачењем, показивање предмета за разматрање и исплата унапред трошкова поводом вештачења у надлежности јавног тужиоца) да „адекватна и права прилика“ да контролише вештачење активним деловањем у поступку вештачења, те да оспори научни и стручни налаз и мишљење и исказ вештака, као и да се странкама, које по правилу немају стручно знање, на главном претресу омогући једнако делотворна расправа о овим научним доказима.

По правилу, оптужбасе темељи на налазу и мишљењу вештака, доказу против окривљеног, те је потребно било омогућити одређени вид расправе у истрази у погледу научних доказа, пре него што предмет дође пред суд, и једнако право одбране и тужилаштва да изнесу свој случај на суђењу. Делотворно право на контролу вештачења и оспоравање налаза и мишљења вештака и исказа вештака претпоставља да је окривљени способан и да има довољно знања да их пре свега правилно разуме, самостално или уз помоћ

¹⁵¹⁵ *Stoimenov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, ECtHR, App. no. 17995/02, 5 April 2007, final on 5/7/2007, para 40

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, para 42

¹⁵¹⁷ Милан Милошевић, „Стручни саветник у кривичном поступку“, *Избор судске праксе* 2/15, стр. 11.

¹⁵¹⁸ С. Бркић, *Кривично процесно право I*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2014, стр. 366.

браниоца.¹⁵¹⁹ На овај начин се обезбеђује једнако право странака на примедбе на вештачење и на питања вештаку, те се постиже равноправна расправа о чињеницама за чије је утврђивање и оценупотребно стручно знање.

Без ограничења броја стручних саветника на страни сваке странке, прописано је да *дастранке* имају могућност да изаберу и да пуномоћјем овласте стручног саветника, искључиво у случајевима када орган поступка одреди вештачење (члан 125 став 2 ЗКП). У делу правне теорије негира се право јавном тужиоцу да ангажује стручног саветника, незначавањем као странке која има право да изабере и овласти стручног саветника, уз налажење да му стручни саветник није потребан, јер „као орган поступка увек може да одреди вештачење“.¹⁵²⁰ Овај генерални став је противан законском установљењу права странака да изаберу и овласте стручног саветника из члана 125 став 2 ЗКП и законским неискључивањем јавног тужиоца из круга странака. Демантује га и пракса, иако су ретки примери ангажовања стручног саветника од стране јавног тужиоца на главном претресу.¹⁵²¹

Време остваривања права на ангажовање стручног саветника није регулисано, али су се о овом питању изјашњавале правна теорија и судска пракса, тумачењем које јесагласно захтевима остваривања права окривљеног да равноправно са тужиоцем расправља о предмету вештачења – „пре доношења наредбе о вештачењу или приликом њеног доношења“¹⁵²² до „окончања главног претреса“, током „одржавања претреса пред другостепеним судом“ и „судом трећег степена“¹⁵²³.

¹⁵¹⁹ Марковић је истицао да „контролу техничке методе вештачења може да изврши само онај, „који има бар исту спрему коју и вештак.“ Б. Марковић (1908), стр. 200.

¹⁵²⁰ Вид. С. Кнежевић (2015), стр. 303.

Позивајући се на поменути разлог – одређивање вештачења од стране јавног тужиоца у истрази, Бркић наводи да право на стручног саветника није потребно јавном тужиоцу. Вид. С. Бркић (2014 а), стр. 366.

Ипак из нормативних и практичних разлога може се извести закључак да је право јавног тужиоца да изабере и ангажује стручног саветника законито и оправдано у ситуацији када јавни тужилац није орган поступка, већ странка пред судом, те када суд, као орган поступка, по предлогу оптуженог или његовог браниоца одреди вештачење (нарочито када оптужени или бранилац предложи лице односно стручну установу и поставе питања на која вештак треба да одговори на основу члана 117 став 2 ЗКП), или предузима радње у циљу отклањања недостатака у налазу и мишљењу вештака, било по предлогу одбране било по службеној дужности у складу са својим овлашћењима из члана 124 ЗКП (допунско вештачење, одређивање новог вештачења од стране другог вештака).

¹⁵²¹ У примеру из судске праксе окривљени је ослобођен од оптужбе да је извршио кривично дело тешко дело против безбедности јавног саобраћаја. Одбрана и јавни тужилац ангажовали су стручне саветнике. У фази главног претреса, стручни саветник одбране је испитан два пута (други пут на последњем рочишту за главни претрес), док је стручни саветник јавног тужиоца касније ангажован на главном претресу и испитан на последњем рочишту главног претреса.

Документација о саобраћајној незгоди била је обимна, а спроведено је више вештачења, допуна вештачења и сложена вештачења. Комисијско вештачење Машинског факултета било је одређено током истраге, пре ступања на снагу ЗКП/2011. године. На главном претресу, након ступања на снагу ЗКП/2011, комисија је дала додатна писмена изјашњења, а по наредби суда спроведено је допунско вештачење комисије. Комисија је на главном претресу давала писмене одговоре на питања стручних саветника. Стручни саветник јавног тужиоца израдио је топографски план места на којима се догодила саобраћајна несрећа уз помоћ геометра, на основу израчунавања спорио брзине возила, дужину трасе кретања возила, растојање од места кретања улево на завршни део окретнице до места уласка у парк, објашњавајући примењене методе и формуле. Из пресуде Првог основног суда у Београду К број 5418/12 од 26.12.2017. године, извршен непосредан увид у Првом основном суду у Београду

¹⁵²² О томе: С. Бејатовић, М. Шкулић, Г. Илић (2014), стр. 296.

¹⁵²³ О томе вид.: Одговор на седници кривичног одељења Врховног касационог суда од 20. октобра 2014. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/15, Intermex, Београд, стр. 218.; Горан П. Илић *et al.*, стр. 441.

Законодавац је дефинисао да процесни субјект стручни саветник може да буде „лице које располаже стручним знањем“ из оне области у којој је одређено вештачење (члан 125 став 1 ЗКП). У пракси се правила о стручном саветнику тумаче на начин да постоји право странака да ангажују стручног саветника у кривичном поступку, јер није прописана надлежност органа поступка да одбије да прихвати ангажовање стручног саветника по пуномоћју ценећи процесни тренутак ангажовања и услов стручности.

Ипак, истраживањем судске праксе проналазимо и пример одбијања предлога браниоца да се дозволи одбрани учешће стручног саветника – судског вештака.¹⁵²⁴ Интересантан је за анализу више сегмената: 1. одбрана је доставила пуномоћје за стручног саветника, који је судски вештак, и уз пуномоћје примедбена налаз и мишљење вештака; 2. о одбијању предлога одлучено је образложеним писаним решењем на које је било дозвољено изјављивање жалбе ванпретресном већу, практично узимајући у обзир правила о одбијању постављења стручног саветника; 3. разлози првостепеног решења темељили су се на подношењу пуномоћја ради одуговлачења поступка, суштински позивањем на злоупотребу права на одбрану; 4. одбрана је у жалби истицала да је стручни налаз нејасан и противречан, као и изјашњење стручног лица, те да је неопходно да се разјасни чињеница за чије је утврђивање потребно научно и стручно знање; 5. у поступку по жалби одлучено је на основу јасних важећих правила Законика о кривичном поступку о стручном саветнику, да се уводи могућност учествовања стручног саветника на страни окривљеног; 6. у разлозима другостепеног решења наводе се аргументи потребе делотворног остваривање права на одбрану и залази се у оцену циља радњи одбране, истицањем чињеница да окривљени у тренутку израде научног и стручног извештаја и у тренутку изјашњења судског вештака на примедбе није имао право да ангажује стручног саветника, а право је накнадно стекао ступањем на снагу Законика, због чега суд није могао да изведе закључак да постоји усмереност на одуговлачење поступка; 7. ванпретресно веће одлучило је на основу правила о одлучивању о постављењу стручног саветника у другом степену (члан 125 став 4 ЗКП).

Стручност је важна за оцену кредибилитета стручног саветника и тежине његовог исказа, што указује да странке треба да бирају стручног саветника који ће по кредибилитету да одговара вештаку или да надмаши његов кредибилитет, по правилу са списка сталних вештака. Доказује је странка која овлашћује стручног саветника и може да буде предмет расправе, а стручни саветник током давања исказа износи основне податке о својим квалификацијама.

Додатна заштитна гаранција начела једнакости „оружја“, мера која оснажује положај одбране, право је окривљеног да захтева да му се постави стручни саветник (члан 125 став 3 ЗКП), под материјалним условима за одбрану сиромашног (члан 77 став 1 ЗКП). У пракси се окривљени и браниоци у захтевима за постављење стручног саветника управо позивају да учешће постављеног стручног саветника по службеној дужности обезбеђује равноправан положај странака и остваривање права на одбрану.¹⁵²⁵ Право окривљеног да изјави жалбу о којој одлучује суд, у случају одбијања захтева за постављење стручног саветника (члан 125

¹⁵²⁴ Решење Вишег суда у Београду Кв број 2611/19 од 17.7.2019. године

¹⁵²⁵ Законито и правилно одлучивање о захтеву одбране подразумева осим образложене оцене имовинског стања окривљеног и образложену оцену да ли је постављење стручног саветника у интересу спровођења правичног поступка (захтев интереса правичности – прописана казна за кривично дело које се окривљеном ставља на терет или разлози правичности). Позивање на гаранције процесног положаја вештака и испуњење процесних дужности вештака не може се сматрати исправним, имајући у виду да је право окривљеног да захтева постављење стручног саветника управо условљено вештачењем, да се сумња у непристрасност вештака побија захтевом за изузеће вештака, а да одбрана током поступка има могућност да побија испуњење процесних дужности вештака и уз помоћ исказа стручног саветника.

став 3 ЗКП), такође је гаранција начела. Постављени стручни саветник окривљеног формално има процесни положај ближи процесном положају вештака него сведока, иако се испитује као сведок. По правилу се поставља са списка сталних вештака (члан 114 став 3 ЗКП) и може да се изузме према правилима за изузеће вештака (члан 116 став 1 до 3 ЗКП).¹⁵²⁶

У примеру из праксе, окривљени је поднео захтев да му се постави стручни саветник којег је претходно изабрао и ангажовао пуномоћјем. Решењем му је захтев одбијен као неоснован. Бранилац је у жалби против решења истакао да је овом одлуком суда окривљени стављен у „суштински неповољан положај у односу на другу странку у поступку, јер му је ускраћено право на слободан избор стручног саветника“. Одлучујући по жалби, ванпретресно веће утврдило је да је претходно овлашћено стручно лице, да је суд упутио позив том стручном саветнику, те нашло да окривљеном „није ускраћено да у склопу права на одбрану користи своја процесна права, да сам ангажује стручног саветника у смислу одредбе члан 125 став 2 ЗКП, да изабере конкретно лице које ће имати процесну улогу стручног саветника“, те да није повређено начело правичности¹⁵²⁷.

Формално законом није прописана могућност да окривљени бира стручног саветника који ће му се поставити. Постављење изабраног стручног саветника било би поступање *contra legem*. Пример додатно показује разлику у процесном положају стручног саветника и вештака. Ако вештачење предлаже странка или бранилац, орган поступка може, у складу са чланом 117 став 2 ЗКП, да га позове да предложи лице (стручну установу или државни орган).

5.4. Права и дужности стручног саветника

Стручни саветник се због услова за учешће у кривичном поступку (одређивање вештачења), стручности (знање из области у којој је одређено вештачење) и контролне функције описује као „материјално вештак“¹⁵²⁸ и „паралелни вештак“¹⁵²⁹.

Утврђен је мешовити модел вештачења. Контролна функција стручног саветника и паралелно прописивање конкурентних права стручног саветника и вештака следи из процесних права стручног саветника из члана 126 став 1 ЗКП: непосредно пре вештачења (право на обавештење о дану, часу и месту вештачења),¹⁵³⁰ у току вештачења (право на присуство вештачењу, прегледање списка и предмета вештачења, предлагање предузимања

¹⁵²⁶ Ова правила не обухватају могућност изузећа ако постоје околности из члана 37 став 2 ЗКП које изазивају сумњу у његову непристрасност. За разлику од стручног саветника, на вештака и стручно лице се према члану 42 ЗКП сходно примењује одредба члана 37 став 2 ЗКП, јер се њена примена не искључује и у складу је са њиховом процесном природом.

¹⁵²⁷ Из решења Првог основног суда у Београду К бр. 5418/12 – 1. Кв бр. 728/16 од 22. априла 2016. године, прибављеног непосредно у Првом основном суду у Београду и објављеног у *Билтену Првог основног суда у Београду* 1/ 2016, Intermex Београд, стр. 34 – 35.

¹⁵²⁸ Милан Давидовић, „Вештак и стручни саветник у кривичном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине – часопис за правну теорију и праксу*, књига 74, 2/2014, стр. 116.

¹⁵²⁹ М. Шкулић (2020 а), стр. 236.

¹⁵³⁰ Грубач закључује да се стручни саветник увек обавештава да *може* да присуствује вештачењу чак и у случају да орган поступка и странке немају право да присуствују вештачењу. О томе: М. Грубач, „Вештачење у кривичним стварима према новом Законику о кривичном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, vol. 87, 2/15, стр. 78.

одређених радњи) и права након израде налаза и мишљења (право на примедбе, на постављање питања вештаку и на испитивање о предмету вештачења на главном претресу).

Мере процесне принуде (новчано кажњавање, довођење, одређивање накнаде трошкова поступка) и одржавања реда (опомена, новчано кажњавање) једнако се примењују и на стручног саветника (члан 384 став 1 и 3 ЗКП, члан 370 став 1 ЗКП).

Обавезан елемент наредбе о вештачењу су име и адреса стручног саветника (члан 118 став 2 ЗКП). Из улоге стручног саветника као и права осумњиченог из члана 300 став 1 и став 8 ЗКП произлази да је исправно тумачење да је јавни тужилац у истрази дужан да обавести стручног саветника о испитивању вештака. Ради остваривања права стручног саветника на примедбе на вештачење важна су права на одбрану из члана 303 став 1 ЗКП и члана 123 став 3 ЗКП. Стручни саветник, за разлику од вештака, у истрази нема право да присуствује доказним радњама осим вештачењу и испитивању вештака.

Исказ стручног саветника на главном претресу цени се као и налаз и мишљење вештака и његов исказ. Стручни саветник и вештак имају једнако право под истим условима да прате ток главног претреса (члан 390 став 1 ЗКП) и на њих се односе мере спречавања договарања (члан 390 став 4 ЗКП). Вештак и стручни саветник имају једнак процесни положај током доказног поступка. Странке и бранилац имају једнако право да постављају непосредно питања вештаку и стручном саветнику, а вештак и стручни саветник једнако, по одобрењу председника већа, могу да постављају непосредно питања оптуженом и сведоку (члан 398 став 2 ЗКП, члан 402 став 2 ЗКП).¹⁵³¹ Председник већа овлашћен је да под једнаким условима интервенише у току основног и унакрсног испитивања вештака или стручног саветника (члан 402 став 7 ЗКП у вези члана 398 став 5 ЗКП). Законски разлог за понављање кривичног поступка је „лажан исказ вештака и стручног саветника“ (члан 473 став 1 тачка 1 ЗКП). На вештака и стручног саветника се сходно примењују одредбе о заштићеном сведоку (члан 112 ЗКП). Вештак и стручни саветник имају право на накнаду нужних издатака и награду (члан 261 став 2 тачка 1 и 7 ЗКП).

Стручни саветник не спроводи вештачење, које одређује орган поступка (одређујући истовремено вештака), већ се на главном претресу испитује као сведок, најпре износећи исказ у слободној форми, сходном применом члана 98 ЗКП, због чега се у судској пракси изводи закључак да доказни предлог странке треба да гласи на извођење доказа испитивањем стручног саветника, а не читањем његових налаза и мишљења.¹⁵³² Законодавство БиХ дозвољава ангажовање страначких вештака на главном претресу, које странке финансирају, али се у пракси не дозвољава коришћење писаног налаза и мишљења вештака одбране израђеном по налогу одбране, изван кривичног поступка.¹⁵³³ Коментатори ЗКП Северне Македоније упућују на значај писаних примедба, извештаја и налаза техничких саветника именованих од стране одбранеза одређивање новог вештачења у истрази од стране јавног тужиоца, дискредитовање налаза и мишљења вештака на коме се често заснива оптужба, или

¹⁵³¹ Схватање улоге стручног саветника као помоћне резултирало је и тумачењем да му треба дозволити да поставља сугестивна питања. О томе: В. Делибашић (2017), стр. 752.

¹⁵³² Има места тумачењу да иако право на ангажовање стручног саветника није законом ограничено, председник већа може да одбије доказни предлог окривљеног или његовог браниоца за испитивање стручног саветника на главном претресу ако је очигледно усмерен на одуговлачење кривичног поступка позивајући се на члан 395 став 4 тачка 3 ЗКП, чиме се не задире у друга права стручног саветника (право на примедбе, постављање питања). Ипак, право на испитивање стручног саветника потребно је да се уреди детаљно, јер је ово тумачење у супротности са основним правом стручног саветника да се испита о предмету вештачења.

¹⁵³³ Н. Сјергић – Ћолић (2017), стр. 399.

одређивање по службеној дужности (у случају изостанка предлога одбране) супервештачења од стране суда.¹⁵³⁴

Струка опомиње да су законска правила о испитивању вештака и стручних саветника у циљу бољег разјашњења кривичноправне ствари, па да не треба да се дозволи да се злоупотребљавају и на тај начин претворе у своју супротност.¹⁵³⁵ Унакрсно може да се испита вештак или друго испитивано лице, што се односи и на стручног саветника. Захтева посебна знања и вештине испитивача. „Уметност унакрсног испитивача треба да буде усмерена да изнесе такве научне чињенице из знања стручњака који ће помоћи његовој тези и на тај начин да тежи да уништи тежину мишљења стручњака које је дато против њега“.¹⁵³⁶ Значајно је да се пружи довољно времена како вештаку тако и стручном саветнику да одговоре на постављена питања, нарочито ако одговори захтевају „дубљу“ научну анализу. Због тога се примедбе на вештачење дају и писаним путем као и на одговори на примедбе. Наведено је и својеврсан проблем, јер онемогућава значај „фактора изненађења“ питањем. Унакрсно испитивање има своје специфичности, за разлику од унакрсног испитивања сведока.¹⁵³⁷

Стручни саветник пре испитивања полаже заклетву по којој је дужан да да исказ *lege artis* (према правилима науке и вештине), савесно и непристрасно и по свом најбољем знању. Гаранција стручности и савесности постављеног стручног саветника је да се налази на списку сталних вештака, што подразумева испуњење посебних услова, а потреба обезбеђења кредибилитета стручног саветника доводи до ангажовања стручних саветника са овог списка. Посебна пажња треба да се посвети оцени кредибилитета изабраног стручног саветника одбране ван списка сталних вештака.¹⁵³⁸

Заштитни механизам непристрасности уклопљен је у недозвољеност међусобног договарања стручног саветника са сведоцима и вештацима и договарању вештака и стручног саветника са странкама и браниоцем. Ради спречавања договарања председник већа јеовлашћен да предузме потребне мере (члан 390 став 4 ЗКП). Овлашћење председника већа да интервенише у основно испитивање стручног саветника такође је мера која може да спречи фабриковани исказ стручног саветника на главном претресу. Истовремено, до ризика пристрасности доводи чињеница да окривљени плаћа изабраног стручног саветника за ангажовање у поступку и стручна помоћ изабраног стручног саветника пре свега браниоцу да предузима процесне радње поводом вештачења (формулисање питања, примедби, објашњења).

¹⁵³⁴ Г. Калацијев *et al.*, стр. 553 – 554.

¹⁵³⁵ Дарко Тадић, „Доказни поступак на главном претресу и ефикасност главног претреса“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, LV редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Intermex, Златибор – Београд 2015, стр. 539 – 540.

¹⁵³⁶ F. L. Wellman, стр. 75.

¹⁵³⁷ Основне одлике које се помињу у литератури су: 1. испитивање стручњака је „више оптужујуће, неуредније, мање предвидљиво и мање информативно“; 2. „рањивост због недоследности у изјавама о истој теми у сведочењу у неповезаним случајевима, или у говорима, или у објављеним књигама и чланцима“; 3. време за научну анализу и одговор. Вид. S. R. Gross, стр. 1168.

¹⁵³⁸ Потребно је да се примени извесни паралелизам на доказивање стручног знања и практичног искуства из Закона о судским вештацима – ЗСВ, *Службени ласник РС*, бр. 44/2010. Закон наводи доказе *exempli causa*. Доказивањем се успоставља доказни кредибилитет стручног саветника, а указивањем на непостојање доказа/недовољност доказа о стручном знању и практичном искуству оспорава се у унакрсном испитивању.

Јавни тужилац има дужност непристрасности, па је логично да и за стручног саветника којег ангажује постоји дужност непристрасности.¹⁵³⁹ Прилика да окривљени утиче на садржину исказа стручног саветника у појединостима мања је у односу на сведоке. Када је реч о постојању узлога за одређивање притвора колузиона опасност (члан 211 став 1 тачка 2 ЗКП), стручни саветник се не изједначава са сведоком. Разлог је нормативне природе. Ако имамо у виду садржину заклетве, дужан је да буде непристрасан, као и вештак.

Дужности стручног саветника, гаранција исправног остваривања његове функције, су подношење пуномоћја без одлагања, пружање помоћи стручно, савесно и благовремено, незлоупотреба права и неодуговлачење поступка (члан 126 став 3 ЗКП).

Није регулисано обавештавање осумњиченог и браниоца о вештачењу, времену и месту спровођења, иако се њихово право може извести пре свега тумачењем правила која утврђују права стручног саветника из члана 126 ЗКП – а и дужности јавног тужиоца из члана 300 став 5 ЗКП – а, већ само изричито дужност јавног тужиоца да их позове да присуствују испитивању вештака (члан 300 став 1 ЗКП).

Ризик непримене гарантованих права осумњиченог и браниоца, пре свега права да се ангажује стручни саветник и подношења захтева за изузеће вештака пре обављеног вештачења последица је непотпуног уређења права на обавештавање осумњиченог и браниоца о вештачењу (субјекти који имају дужност обавештавања, форма, питање уредности обавештавања), права осумњиченог и браниоца на присуство вештачењу (евиденција процесних радњи одбране), недостављање наредбе о вештачењу у случају одређивања вештачења од стране јавног тужиоца.¹⁵⁴⁰ Додатно, изостаје детаљно уређење поступка одређивања вештачења у погледу пружања прилике одбрани да утиче на садржину наредбе о вештачењу, у случају да јавни тужилац одређује вештачење мимо предлога осумњиченог и браниоца. Осим тога, уочавамо да нису прописане процесне последице непоштовања дужности овлашћених стручних саветника (изузеће и разрешење), што начелно пружа прилику злоупотребе права на одбрану.

5.5. Права окривљеног према финансијским форензичарима

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције – ЗОНДОСОКТК¹⁵⁴¹ прописује статус и функцију финансијских форензичара. Финансијски форензичари су државни службеници. Поступају под руководством надлежног јавног тужилаштва пружајући му стручну помоћ¹⁵⁴² у циљу

¹⁵³⁹ Ова дужност формалноправно се не може изједначити са дужношћу непристрасности вештака и стручног лица, што је последица примарно уговорне природе односа стручног саветника и странака. Према члану 42 став 1 ЗКП, правила о изузећу судија (за разлику од вештака и стручних лица), сходно се не примењују на стручне саветнике.

У законодавству Републике Северне Македоније, које по угледу на италијанско законодавство уређује техничког саветника, правила о изузећу вештака примењују се и на ангажоване техничке саветнике (ЗКП члан 244 став 3 ЗКП СМ), што је логична последица обавезе странака и браниоца да именују техничке саветнике по правилу са листе регистрованих вештака (члан 244 став 1 ЗКП СМ).

¹⁵⁴⁰ О томе: Никола Вуковић, „Недопустиво процесно стање које су ЗКП и пракса обликовали у области доказне радње вештачења“, *Crimen* 1/2019, стр. 53 – 55.

¹⁵⁴¹ *Сл. гласник РС*, бр. 94/2016 и 87/2018 – др. закон

¹⁵⁴² У стручним радовима се помоћ објашњава као помоћ у *прикупљању и анализи* података у смислу указивања која документа је потребно прибавити, шта издвојити из њихове садржине према релевантности,

кривичног гоњења. Запослени су у служби финансијске форензике, која може да се образује у Тужилаштву за организовани криминал и посебним одељењима виших јавних тужилаштава.

Доктрина их описује да су део механизма финансијске истраге односно финансијске форензике за коруптивна кривична дела, кривична дела организованог криминалитета и друга кривична дела из члана 2 Закона.¹⁵⁴³ Закон регулише оквир њихових послова (анализа токова новца и финансијских трансакција). Према садржини задатака које обављају имају улогу стручних лица. Осим стручних знања из више области (финансија, рачуноводства, ревизије, банкарског, берзанског и привредног пословања), потребно је да заврше специјализовану обуку у Правосудној академији из области кривичног права.

Финансијски форензичар има својеврсан „хибридни“ положај у поступку „слабији од вештака, а јачи од сведока“. Специфичност његовог процесног положаја, треба да одговара предузимању радњи *lege artis* – по правилима струке, али и формалноправне и фактичке повезаности са јавним тужиоцем. Финансијски форензичар је радно ангажован у надлежном тужилаштву, његовим радом руководи јавни тужилац, а извештај финансијског форензичара део је оптужбе и основ за оптужбу. Омогућава јавном тужиоцу да прецизно опише сва битна обележја бића кривичног дела/кривичних дела која се окривљеном стављају на терет и произлазе из извештаја као тужилачког доказа.

Подложен је преиспитивању током поступка, као и његов рад. Исправно је третирање финансијског форензичара као стручног лица, што одговара дужности непристрасности јавног тужиоца и омогућава примену одредаба о изузећу (члан 42 став 1 ЗКП), те уједно фактички спречава заузимање посебног положаја који одговара вештаку (активне улоге у поступку).

Стручне квалификације и начелна дужност непристрасности иду у прилог његовог доказног кредибилитета. Међутим, веза са јавним тужиоцем и оптужбом чини га доказом оптужбе и захтева да се окривљеном пружи права и довољна прилика да преиспита његов извештај користећи сва расположива законска „оружја“: право на упознавање са извештајем, право да захтева да се испита на главном претресу, предлагање вештачења и евентуално вештака и извођења других доказа, ангажовање стручног саветника (у случају одређивања вештачења), изношење примедби и коментара на извештај и исказ. У литератури се запажа да анализом праксе ЕСЈП следи да се у погледу експерата окривљеном не даје аутоматско право да их испитује, за разлику од сведока, иако Суд испитује да ли је одбрани допуштена шанса да оспори његово писано мишљење, јер непружање ове прилике одбрани може да резултује повредом права на правично суђење у целости (члан 6 став 1 Конвенције).¹⁵⁴⁴

Стручни саветник одбране може да помогне одбрани да предложи прибављање и извођење доказа којима ће се преиспитати рад финансијског форензичара. С обзиром на то да је извештај финансијског форензичара темељ оптужбе, суд мора да покаже посебну пажњу приликом оцене овог доказа, ценећи кредибилитет финансијског форензичара и важност доказа за исход кривичног поступка.

анализе базе података, провера преко отворених извора података, као и преко доказа који су прикупљени, указивања на доказе из којих произлазе закључци о стварном стању, те на крају стручна анализа свих прикупљених података и о томе достављање извештаја јавном тужиоцу. Више о томе: Б. Синановић (2018), стр. 77.

¹⁵⁴³ М. Шкулић (2018 б), стр. 434.

¹⁵⁴⁴ JR Spencer (2008), стр. 44.

Ако се одреди вештачење, начелно нема законске сметње да јавни тужилац ангажује финансијског форензичара за стручног саветника на којег ће се применити правила о стручном саветнику. У стручној пракси запажа се да, ако је претходно испитан као сведок, по правилу не би требало да буде стручни саветник јавном тужиоцу.¹⁵⁴⁵ У овом случају долази фактички до мешања процесних улога стручног лица (које је према дужности непристрасности ближи вештаку) и ангажованог стручног саветника (који је само по обиму права у кривичном поступку ближи вештаку – „паралелни вештак“, али се не може изузети). Приликом одлучивања о захтеву за *постављење* стручног саветника примењују се правила о изузећу вештака (члан 125 став 3 ЗКП), те се по правилу неће поставити за стручног саветника лице које је претходно испитано као сведок (члан 116 став 3 ЗКП).

6. Овлашћења суда по службеној дужности

Основна правила Законика о кривичном поступку уређују ограничену доказну улогу суда у кривичном поступку. Искључена је главна и допуњавајућа улога суда у извођењу доказа, поступање мимо страначке доказне иницијативе ради трагања за материјалном истином, одлика континентално – европског типа поступка. Овлашћени тужилац сноси терет доказивања оптужбе (члан 15 став 2 ЗКП). Доктрина указује да у континентално–европским поступцима тужилац начелно сноси „основни терет доказивања“ (везано за неопходност чињења вероватним постојања основане сумње, те активно учествовање у кривичном поступку)¹⁵⁴⁶, односно да је терет доказивања „супсидијерно на суду“¹⁵⁴⁷.

Странке предлажу извођење доказа. Суд одлучује о доказним предлозима и „изводи доказе“ *по страначкој иницијативи* (члан 15 став 3 ЗКП), а доказни поступак почива на „нерелативизованој“ доминацији процесне воље странака, супротно дугој традицији нашег кривичнопроцесног законодавства.¹⁵⁴⁸ Из нормативне анализе, доктринарних разматрања, европских стандарда следи да суд није дужан да прихвати извођење доказа.

По правилу, прво се изводе докази оптужбе, затим докази одбране, након тога докази чије је извођење одредио суд по службеној дужности и по предлогу оштећеног, а на крају докази о чињеницама од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције (члан 396 став 1 ЗКП). На иницијативу председника већа или судије појединца, изражену у форми налога, странке могу да предложе допунске доказе (члан 15 став 4, члан 367 став 2 тачка 8 ЗКП). Изузетно, допуштено је реализовање овлашћења већа или судије појединца да одреди да се допунски докази изведу ако оцени да су изведени докази „противречни или нејасни и ако је то неопходно ради свестраног расправљања предмета доказивања“ (члан 15 став 4, 368 став 1 тачка 5 ЗКП), јер нису дужни да истинито и у потпуности утврђују чињенице. Бркић

¹⁵⁴⁵ Б. Синановић, стр. 91.

¹⁵⁴⁶ М. Шкулић (2019 а), стр. 26.

¹⁵⁴⁷ В. Ђурђић (2014), стр. 62.

¹⁵⁴⁸ У хрватском законодавству 2008. године уведен је страначки поступак, заснован на искључивој страначкој иницијативи односно елиминисању инквизиционе максиме. Новелама Закона о казненом поступку од 2013. године, поново је уведен доказно активан суд и „релативизиран концепт страначког поступка“ у фази расправе остваривањем реформе према смерницама Уставног суда о „јудицијацији“ кривичног поступка у два правца: 1. *јачање власти суда* у свим стадијумима кривичног поступка 2. *успостављање и јачање судске заштите окривљеног* у кривичном поступку. О томе: Z. Đurđević (2013), стр. 316.

објашњава да суд нема ову опцију “у погледу утврђивања оних чињеница у погледу којих нису били изведени неки докази“.¹⁵⁴⁹

Одређивање по службеној дужности да се докази изведу дозвољено је након препуштања иницијативе странкама, браниоцу и оштећеном пре завршетка доказног поступка (члан 408 ЗКП), у накнадној допуни доказног поступка (члан 411 ЗКП), у наставку доказног поступка после завршних речи (члан 414 ЗКП) и у току већања и гласања (члан 415 ЗКП).

Дужност суда је једино да *непристрасно цени изведене* доказе на главном претресу и да са једнаком пажњом на основу њих утврђује чињенице које терете окривљеног или му иду у корист (члан 16 став 2 ЗКП). У складу са законским правилом о терету доказивања судска пракса тумачи правила о извођењу доказа по службеној дужности крајње рестриктивно, сагласно са строгим поделом функција у кривичном поступку.¹⁵⁵⁰ Мајић наглашава да извођење доказа по службеној дужности не би смело „надоместити дефицит у доказној активности и успешности тужиоца“.¹⁵⁵¹

Насупрот важећој ограниченој улози суда у извођењу доказа, ЗКП усвојен 2001. године до измена и допуна у септембру 2009. године, предвиђао је другачији, изричито дефинисан концепт кривичног поступка уређен на темељу начела материјалне истине: 1). доказивање свих чињеница, „за које суд *сматра да су важне* за правилно пресуђење“ (члан 326 став 2 ЗКП); 2). утврђивање председника већа редоследа извођења доказа (члан 326 став 3 ЗКП); 3). одлучивање већа да се изведу „докази који нису предложени или од којих је предлагач одустао“ (члан 326 став 5 ЗКП); 4). саслушавање од стране председника већа оптуженог, сведока и вештака и давање речи странкама, браниоцу, вештацима (члан 296 став 1 ЗКП); 5). дужност председника већа да се стара „*за свестрано претресање предмета, проналажења истине* и отклањање свега што одуговлачи поступак, а не служи разјашњењу ствари“ (члан 296 ЗКП).¹⁵⁵²

У нашој старијој правној науци објашњавало се да је непостојање формалне поделе терета доказивања међу странкама последица која проистиче из начела материјалне истине.¹⁵⁵³ Супротно теоријскоправним схватањима да терет доказивања постоји само у акузаторском односно страначком кривичном поступку, Бајер је терету доказивања дао другачији смисао. Терет доказивања је „правна дужност неког проценог субјекта да доказује извесне чињенице у кривичном поступку, без обзира на то што упоредо с правном дужношћу тог субјекта да доказује чињенице постоји и правна дужност некога другог субјекта да такођер доказује те исте чињенице“.¹⁵⁵⁴

¹⁵⁴⁹ С. Бркић (2017), стр. 279 – 280.

¹⁵⁵⁰ Из правних схватања произлази да би „неосновано или прекомерно извођење доказа по службеној дужности доказа *ex officio* било супротно адверзаторном поступку и могло водити у битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 438 став 2 тачка 3 ЗКП.“ Вид.: Г. П. Илић *et al.*, стр. 136.

¹⁵⁵¹ М. Мајић (2012), стр. 202.

¹⁵⁵² Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, број 70/2001, 68/2002, *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон.

¹⁵⁵³ Б. Марковић, стр. 196.

¹⁵⁵⁴ V. Baeyer (1989), стр. 69.

Законик о кривичном поступку од 2011. године, формалноправно предвиђа да је терет доказивања на тужиоцу.¹⁵⁵⁵ Основна замерка на коју се од почетка преображаја законодавства указује у правној теорији је да се увођењем правила о терету доказивања уз истовремено елиминисање начела материјалне истине, поистовећује доказивање оптужбе са утврђивањем чињеничног стања.¹⁵⁵⁶ Функција тражења истине проналази лингвистички израз најјасније у употреби речи као што су „доказ“, „чињеница“, „утврђивање чињеница“ и „доказ чињенице“.¹⁵⁵⁷

Суд ипак није „неми посматрач“ у доказном поступку нити су странке доказно активне на начин одређен у типичном адверзијалном кривичном поступку који произлази из њихове дужности да буду доказно активне да би издејствовале исход поступка у своју корист.

Општа дужност суда према члану 15 став 4 ЗКП – а је разјашњење извођења доказа у циљу свестраног расправљања. У правној теорији се наводи да се према важећем решењу „не може говорити о чистом субјективном терету доказивања – терету доказивања на самим странкама“, већ да је он „на изванредан начин модификован у правцу објективног терета доказивања“.¹⁵⁵⁸ Законик поставља општи нормативни оквир за разјашњење. Суд је овлашћен да поставља питање оптуженом, сведоку, вештаку или стручном саветнику које доприноси потпунијем или јаснијем одговору на претходно постављено питање (члан 398 став 5, 402 став 7 ЗКП). Правило не прецизира изричито који су то случајеви када суд може да интервенише постављањем питања, да ли евентуално ради отклањање празнина, противречности и нејасноћа. Препуштено је суду да овлашћење тумачи у складу са чланом 15 ЗКП. Обавезно је постављање питања сведоку откуд му је познато оно о чему сведочи (члан 98 став 4 ЗКП), тесе закључује да ако изостане питање странке или браниоца, председник већа треба да делује активно.

У стручној и научној јавности поставља се питање граница, па чак и у потпуности елиминисања интервенција суда, због опасности од „ ремећења тока унакрсног испитивања“, односно да се „исказ усмери у неком другом смеру“.¹⁵⁵⁹ Ако се дилеме поставе у контекст начела једнакости „оружја“, интервенције суда су *начелно потребне* за одржавање равнотеже између странака, али суд треба да пружи могућност окривљеном и браниоцу у конкретном случају дау *потпуности представе одбрану*.

Суд је по службеној дужности ради разјашњења, употпуњавања, отклањања недостатака (грешака, противречности) и сумње у истинитост налаза и мишљења овлашћен да нареди допунско вештачење и да одреди ново вештачење другог вештака (члан 124 ЗКП). Осим тога, има овлашћење да одреди психијатријско вештачење окривљеног и сведока под условима из члан 131 ЗКП, да проверава признање окривљеног према члану 88 ЗКП и одбрану окривљеног у смислу члану 397 став 4 ЗКП. Када је реч о провери одбране окривљеног да није поучен о праву да не износи своју одбрану и да не одговара на постављена питања, у правној теорији се налази да без обзира што би то окривљени тврдио,

¹⁵⁵⁵ Правила о предмету доказивања и извођењу доказа по иницијативи суда из члана 326 у став 2 и 5 ЗКП остала су незмењена у претходно важећем Закоником, *Сл. лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Сл. гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010.

¹⁵⁵⁶ М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 92 – 93.

¹⁵⁵⁷ Но Нос Лај, *A Philosophy of Evidence Law – Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, New York 2008, стр. 51.

¹⁵⁵⁸ Т. Бугарски (2013), стр. 132.

¹⁵⁵⁹ О томе: В. Делибашић (2015), стр. 82.

„не сме се наметнути терет доказивања окривљеном, већ би доказивање у том погледу вршио пре свега суд.“¹⁵⁶⁰

Улога суда огледа се у руковођењу кривичног поступка (одржавање реда и спречавње ремећења реда, одлучивање о одступању од редовног тока поступка, давање речи учесницима у поступку, преношење у записник садржај и ток главног претреса, одлучивање о удаљењу и искључењу учесника у поступку, прекиду и одлагању главног претреса). Општа дужност суда у оквиру руковођења суђењем је да спроведе суђење у разумном року и да у том смислу спречи сваку злоупотребу права (члан 14 ЗКП).

Суд на главном претресу одлучује о одређивању статуса посебно осетљивог и заштићеног сведока, водећи рачуна о правима одбране односно оправданости ограничења права на одбрану. Извесни вид ограничења права на одбрану и предузимања мера уравнотежења, рестриктивно примењив, прописује се у члану 390 став 5 ЗКП. Ако саоптужени или сведок изричито одбијају да дају исказ у присуству оптуженог или ако околности указују да присуство оптуженог може на њих да утиче, веће може да одлучи да се оптужени удаљи из суднице. У циљу омогућавања оптуженом да једнако изнесе своју одбрану, по повратку ће му се прочитати исказ и омогућити да саоптуженом или сведоку да постави питања и да примедбе на исказ. Током извођења доказа ван главног претреса примењује се право на обавештавање о предузимању доказне радње, право на постављање питања у присуству испитиваног лица или путем техничких средстава за пренос слике и звука (члан 404 ЗКП).

6.1. Однос суда према доказима

Реформу законодавства, између осталог, одликује смањена доказна улога суда уз бројне основе за употребу доказа из истраге и полицијских доказа.¹⁵⁶¹ Начелно, ова карактеристика није оправдана нити логична, јер суд ужива гаранције независности и непристрасности и дужан је да икада поступа мимо захтева и предлога странака поступак правично спроведе поштујући начело једнакости „оружја“ обезбеђивањем „пуне расправности“ и као „крајњи чувар правичности“ исправљајући недостатке/ограничења за одбрану, настале пре свега због неприсуствовања осумњиченог и браниоца доказним радњама у фази истраге. Адверзијалне елементе потиру инквизиторски елементи.

Бајер је указивао на значај раније инквизиционе максиме у кривичном поступку речима: „Потпуност установљења истине *не смије овисити о нахођењу странака*, што би био случај, када би суд био ограничен на доказе што су их изнијеле странке“, на тај начин би суду „било немогуће да се покори правилу, да је *дужан истину потпуно утврдити*.“¹⁵⁶²

Чист облик страначког кривичног поступка противан је дугој традицији начела истине. Запажа се да "реформисани" инквизиторни системи и даље почивају на претпоставци да ће незаинтересована потрага за истином од стране неутралног судског службеника

¹⁵⁶⁰ М. Шкулић (2018 а), стр. 520.

¹⁵⁶¹ У правној теорији се примећује да су европски стандарди у вези са једнакости „оружја“ и одговарајућа уставна јемства угрожена „прешироким а непотребним ограничавањем начела непосредности и контрадикторности на главном претресу (члан 406 ЗКП/2011)“. О томе вид.: В. Ђурђић (2013 а), стр. 726.

¹⁵⁶² Вид. Bayer Vladimir (1950), стр. 105.

довести до оптималних резултата.¹⁵⁶³ Основној критици недостижности истине, супротставља се аргумент у правној теорији да се суд бави утврђивањем правнорелевантних чињеница, а не „свих могућих околности под којима је кривично дело извршено“¹⁵⁶⁴.

Насупрот, предност чисто страначког истраживања и утврђивања чињеница је да се одговорност за истраживање даје онима који имају највећи подстицај да га спроведу темељно.¹⁵⁶⁵ Проблем се јавља са аспекта правичности (обезбеђивања делотворне одбране сиромашних окривљених) и „страначких истина“ које треба да доведу до истине/“приближавању истини“ у кривичном поступку.

Начело истине не може се посматрати изоловано од процесног амбијента. Трагање за истином ограничава се пре свега правилима поступка која се односе на прихватање доказа односно изузецима од правила неприхватања доказа (адверзијални систем), доказним начелима и правилима, доказним забранама, искључивањем незаконитих доказа, начелом *ne bis in idem*, заштитом појединих легитимних заштићених интереса у демократском друштву који не захтевају истину по сваку цену (нпр. национална безбедност, интереси жртве и сведока), правилима о односу суда према оптужби¹⁵⁶⁶.

Изолована полазна претпоставка да доказно активан суд “помаже” странкама у поступку може да се схвати и као *a priori* негирање улоге основних заштитних гаранција независности и непристрасности суда и улоге суда у остваривању начела правичности. Доказно активан суд препрека је да пресуда буде искључиво резултат „фер утакмице“ странака у поступку, те да зависи од квалификација, способности, вештина и особина субјеката у функцији оптужбе и одбране.

Липке је истицао да није битно шта судије мисле него да се *понашају по правилима* којима је циљ да се *спрече грешке у пресуђењу*.¹⁵⁶⁷ Приговори упућени активној улози суда на главном претресу, нису од суштинског значаја са аспекта поштовања права на одбрану у кривичном поступку у целини, ако се поступак води у складу са начелом расправности и једнакости “оружја” у односу на доказе изведене по службеној дужности. У случају да се на овим доказима заснива пресуда, ради поштовања захтева правичности, важно је да се странкама омогући да се на једнак начин изјасне о њима и да их оспоравају (траже њихово издвајање, оспоравају веродостојност, предлажу извођење других доказа којима би их оспорили). Управо је карактеристика типично европско – континенталних кривичних процедура да „доведе у склад начело расправности и доказну ангажованост странака и начело истине у кривичном поступку“, што је према мишљењу израженом у делу правне теорије, „изузетно добро са становишта остваривања интереса елементарне правичности.“¹⁵⁶⁸

Директива ЕУ о јачању појединих аспеката претпоставке невиности и праву окривљеног да буде присутан на суђењу констатује да су у појединим државама судије и судови надлежни да траже и инкриминишуће и ослобађајуће доказе. Државе које немају

¹⁵⁶³ T. Weigend (2003), стр. 162.

¹⁵⁶⁴ С. Бркић (2017), стр. 277.

¹⁵⁶⁵ S. R. Gross, стр. 1126.

¹⁵⁶⁶ Грубиша посебно истиче ограничења утврђивања истине која произлазе из диспозиције странака (везаност суда чињеничним оквиром оптужнице, правило да виши суд не улази у испитивање правилности чињеничног стања ако странка то не напада), принципа *in dubio pro reo* и забране реформације *in peius*. О томе: М. Грубиша, стр.42 – 45.

¹⁵⁶⁷ R. L. Lippke, стр. 24

¹⁵⁶⁸ М. Шкулић (2013 b), стр. 702.

адверзијални систем *подржавају се да одрже свој постојећи систем*, под условом да је у складу са Директивом и другим релевантим одредбама права Европске уније и међународног права.¹⁵⁶⁹

Према Закону о кривичном поступку Немачке, у циљу утврђивања истине, суд је по службеној дужности *дужан да прошири извођење доказа на све оне чињенице и доказе који су значајни за доношење одлуке* (§ 244 (2) StPO). На суђењу се изводе докази саслушањем сведока и вештака које је позвао суд, а извођење доказа обухвата и предмете које су прибавили тужилаштво и суд у фази припрема главног претреса, при чему се прописује када је суд дужан да прошири извођење доказа на сведоке и вештаке које су позвале странке и на друге прибављене доказе односно када може да одбије захтев за извођење ових доказа (§ 245 StPO). Када је реч о припремама за главни претрес, паралелно, у параграфима 220 и 221, утврђено је прибављање доказа по службеној дужности и могућности утицаја оптуженог на ток главног претреса (подношење захтева за позивање лица и непосредно позивање лица). На главном претресу суд цени да ли је саслушање неког непосредно позваног лица било корисно „у циљу расветљавања предмета“ (§ 220 (3) StPO). У Француској, председник већа на суђењу може да предузме све мере које сматра неопходним за откривање истине (Article 310 ССР). Начело истине постоји паралелно са захтевима правичности. Начело истине односно његова суштинска примена у пракси опстала је и у законодавству Црне Горе и Хрватске упркос у одређеној мери адверзијализацији кривичних поступака.

Надовезивањем на правило о терету доказивања на страни тужиоца, ако окривљеном није дозвољено да буде присутан испитивању сведока оптужбе, онда ризик искључивог и одлучујућег доказа пада на тужилаштво. Међутим, ако окривљени негира извршење кривичног дела неизносећи доказе односно без предлога за извођење доказа, у условима да је познато да постоје докази које не предлаже тужилаштво или је одустало од предлога, а њихово извођење би могло да иде у прилог одбрани, потребно је да суд по службеној дужности испитује наводе и тврдње које је изнео окривљени упркос доказној неактивности окривљеног, али уједно и да проверава веродостојност тужилачког доказа у циљу његове правилне оцене.

Суд има могућност да уочи околности и доказе у предмету и на које се нису позвали тужилаштво и одбрана, а произлазе из целокупних истражних списа који су у поседу суда. Основни проблем је нормативни оквир правила доказивања који не допушта да суд уводи нове чињенице, већ да расветљава само оне које су странке увеле у кривични поступак. С друге стране, позивањем на начело правичности, суд би примењивао искључиво Конвенцију. Поменута разматрања у прилог су враћања начела истине у наше законодавство. У противном, без законских измена које јачају положај окривљеног, суд би морао да примењује правила о ограничењу права окривљеног на ћутање.

У литератури се истиче да о инквизиторском овлашћењу да суд може да одлучи да се изведу докази који нису предложени или од којих је предлагач одустао, суд увек треба да води рачуна када има ситуацију у којој цени осигурање чиниоца противтеже и „процесна јемства осигурања конфронтацијског права и начела контрадикторности“.¹⁵⁷⁰ Пример нормативне заштитне гаранције начела једнакости „оружја“ у случају изостанка иницијативе одбране, која „отклања ризик доношења погрешне осуђујуће пресуде“ је раније решење у хрватском законодавству (измене и допуне Закона о казненом поступку из јула 2009. године) – могућност суда да на властиту иницијативу изводи доказе који „упућују на постојање

¹⁵⁶⁹ Директива ЕУ 2016/343, рецитал 23

¹⁵⁷⁰ М. Mrčela, I. Bilušić, стр. 385.

разлога искључења противправности или кривице или чињеницу од које зависи одлука о кривичним санкцијама“.¹⁵⁷¹

Унашој новијој правној теорији запажа се да би „интереси елементарне правичности налагали да суд наложи утврђивање и оних чињеница на које се одбрана није позвала а које би јој могле ићи у прилог или пак да нареди извођење одређених доказа који би покрепили тезу одбране, те да у оваквим ситуацијама интересима страначке равноправности треба дати предност над постулатом непристрасности будући да је суд тај који својим потписом гарантује за исправност своје пресуде“.¹⁵⁷²

Постојећа архитектура кривичног поступка, уз уважавање начела правичности и исправљања нарушене равнотеже фактичким условима, не само да допушта него захтева да суд, нарочито у случају да је окривљени без браниоца у кривичном поступку или да окривљеном бранилац не пружа делотворну одбрану, ако приметити да окривљени износи одбрану указујући на посредан начин да евентуално постоје докази у прилог његових тврдњи, наложи окривљеном у складу са чланом 15 став 4 ЗКП да предложи допунске доказе. Налог тада добија карактеристике суштинске поуке окривљеном којом се објашњава примена права да подноси доказе у своју корист на конкретан случај. Ако окривљени не поступи по налогу, веће има овлашћење да одреди да се докази изведу. Понашање окривљеног само по себи не би могло да ослободисуд да предузме кораке за гарантовање ефикасности одбране окривљеног.¹⁵⁷³

Поставља се питање да ли након што је одбрана игнорисала инструкцију суда, овакво поступање суда може напослетку да наруши равнотежу у поступку на штету окривљеног, те да ли је довољно да наводи одбране током извођења доказа и непоступање одбране у погледу доказаслужби оцени уверљивости тужилачких доказа и навода одбране.¹⁵⁷⁴ Бројне дилеме су управо резултат елиминације начела материјалне истине односно обавезивања суда да поступа искључиво руководећи се начелом правичности. Одговори зависе од околности конкретног случаја, што произлази из анализе дозвољених ограничења права на ћутање и привилегије против самооптуживања изражених у пракси Европског суда за људска права.

Потреба активног деловања суда у поступку у целини, те и у фази суђења произлази и из дужности државе да пажљивом контролом испуни захтеве члана 2 и члана 3 Конвенције. Поступање по сопственој иницијативи суда као државног органа треба да буде у циљу испуњења захтева Конвенције: 1. позитивне обавезе државе да законом заштити животе и забрани злостављање; 2. не постоји апсолутна обавеза да гоњења за кривична дела резултирају осудом, али национални судови не би смели да под било којим условима дозволе да прођу некажњено кривична дела која угрожавају живот и тешки напади на физички и морални интегритет („одвраћајући ефекат правосудног система“).¹⁵⁷⁵ У литератури се

¹⁵⁷¹ Е. Ивичевић Карас (2015), стр. 94.

¹⁵⁷² В. Бајовић (2015), стр. 154.

¹⁵⁷³ *Sannino v. Italy*, ECtHR, App. no. 30961/03, 27 April 2006, final on 13/9/2006, para 51

¹⁵⁷⁴ Питање непоступања одбране по сугестијама судије је од практичног значаја када је реч о адверзијалним поступцима које карактеришу позитивне одбране окривљеног и поротна суђења. Уочава се „препознатљив тренд модерног времена да се захтева да судија усмерава пороту на било коју одбрану која је сугерисана доказима иако ниједна странка није изнела аргументацију о њој током суђења“. Истовремено се указује да ако се тим одбране након сугестија судије не определи за увођење нових позитивних одбрана, овакво поступање треба да се поштује јер су у адверзијалном систему „правни саветници одбране у бољој позицији од судије да одреде стратегију одбране на суђење“. Вид. P. Roberts, A. Zuckerman, стр. 246 – 247.

¹⁵⁷⁵ *Ali and Ayşe Duran v. Turkey*, ECtHR, App. no. 42942/02, 8 April 2008, final on 8/7/2008, para 61 – 62

указује да се ова дужност суда препознаје у одређивању циља правила кривичног поступка.¹⁵⁷⁶ Крапац даје дефиницију „*учинковитог*“ кривичног поступка која указује на потребу успостављања равнотеже примене начела – „правично проведени казнени поступак, чије је вријеме трајања било примјерено околностима случаја, и у којем је надлежни суд исправно различио недужност од кривње оптуженика те код потоње изрекао законску казнену санкцију“.¹⁵⁷⁷

На равнотежу начела истине и правичности, те начела акузаторности упућује Шкулић закључивањем: „Суд је дужан да истинито и потпуно утврди чињенице које су од *важности* за доношење законите одлуке у границама оптужбе и да изведе доказе којима се те чињенице утврђују, само кад такве доказе нису извеле странке“.¹⁵⁷⁸

6.2. Однос суда према оптужби

У правној теорији се сублимирају два тумачења односа суда према оптужби 1. у складу са начелом утврђивања материјалне истине – суд је начелно везан за догађај који је предмет оптужбе, али може и мимо оптужнице утврђивати одређене чињенице; 2. уже тумачење – везаност суда за чињенични опис дела од стране тужиоца које се аргументује интересима одбране (окривљени мора знати „од чега се брани“ како би ефикасно припремио своју одбрану) и потребом строгог раздвајања процесних функција која доприноси судској непристрасности (тужилац оптужује и доказује оптужбу, а на суду је само да процени да ли је у томе успео).¹⁵⁷⁹

Начело једнакости „оружја“ захтева одвајање процесних функција и непристрасан однос суда према странкама, али уједно не забрањује *a priori* државама присутну правну и практичну реалност пружања извесних могућности суду да измени оптужбу ако се тиме не вређају права на одбрану и не онемогућава правично суђење у целости.

Нужан услов једнаког кривичног поступка је прецизна и потпуна информација о оптужби против окривљеног и правној квалификацији против окривљеног коју суд може да прихвати.¹⁵⁸⁰ Када се измени оптужба, за правичност суђења важна је предвидивост измене оптужбе за окривљеног.

6.2.1. Критеријуми из праксе ЕСЈП

Измена оптужбе односи се на разлог оптужбе (*“cause” of the accusation*) – дело/дела која се стављају на терет окривљеном на коме/којима се заснива оптужба односно чињенични основ оптужбе, као и на правну квалификацију (*legal characterization*) – правни основ оптужби. Информације о оптужби у целини треба да се дају пре суђења (у оптужници) или током суђења на друге начине (формална или имплицитна промена оптужбе), при чему само позивање на апстрактну могућност да суд донесе другачији закључак од тужилаштва у погледу правне квалификације кривичног дела очигледно није довољан.¹⁵⁸¹ Недостаци за

¹⁵⁷⁶ Више о томе: Z. Đurđević (2013), стр. 335, 341.

¹⁵⁷⁷ D. Кгарас, стр. 767 – 783.

¹⁵⁷⁹ В. Бајовић, „Чињенична прекорачења оптужбе“, *Правни живот* бр. 9/2014, стр. 618.

¹⁵⁸⁰ *Varela Geis c. España*, ЕСtHR, Demanda nº 61005/09, 5 de marzo de 2013, para 42

¹⁵⁸¹ *I.H. and others v. Austria*, ЕСtHR, App. no. 42780/98, 25 April 2006, final on 20/7/2007, para 34

одбрану су отклоњиви у поступку по жалби ако оптуженом надлежност жалбеног суда дозвољава прилику да оспорава осуду у погледу свих важних чињеничних и правних аспеката.¹⁵⁸²

Европски суд за људска права у случајевима измене оптужбе утврђује најпре да ли је дошло до измене квалификације чињеница у опису дела (промена битног обележја кривичног дела, пре свега радње извршења)¹⁵⁸³ и да ли је окривљени могао о њој детаљно да се изјасни, да ли је промењен опис догађаја (околности које ближе одређују радњу извршења нпр. измењено време и место извршења кривичног дела),¹⁵⁸⁴ те да ли је окривљени био свестан ове могућности, као и да ли је дошло само до измене правне квалификације (све чињенице су биле познате окривљеном, утврђене чињенице у пресуди одговарају у потпуности опису из оптужбе) и да ли је окривљени у конкретном случају био упознат са чињеницом да може да се осуди за промењену квалификацију (предвидивост промене правне квалификације).¹⁵⁸⁵

Сагледавају се последице утицаја суда на измене оптужбе на право окривљеног да буде обавештен о оптужби и да му се пружи довољно времена и могућности да се брани на „практичан и ефективан начин“.

Важна су налажења Суда: 1. појединости кривичног дела имају кључну улогу у кривичном поступку; 2. детаљна информација о оптужби ради разумевања обима оптужбе предуслов је правичног поступка; 3. у случају измене у разлогу оптужбе, потребно је да се окривљени *благовремено* и *потпуно обавести* о томе и да му се обезбеди *адекватно време и могућности* за реаговање на њих и да организује своју одбрану на основу било каквих нових информација или навода; 4. ако је до „суочавања са још једном верзијом догађаја“ дошло у поступку када оптужени није могао на њу да реагује, поставља се питање да ли је суд оставио *додатне могућности* одбрани за оспоравање или да ли је *недостатак отклоњен* у другостепеном поступку пружањем могућности нпр. да се саслушају сведоци одбране ради успостављања алибија.¹⁵⁸⁶ У нашој правној теорији се упућује да је потребно да се разликује „прецизирање“ споредних чињеница од „измене“ споредних чињеница.¹⁵⁸⁷

Када право признаје судијама могућност да преквалификују чињенице, судије су дужне да обезбеде да окривљени имају прилику да остваре своја права на одбрану на практичан и ефективан начин – право на *детаљно обавештавање* у *адекватно време* о правној квалификацији.¹⁵⁸⁸ Суд нема задатак да процењује утемељеност одбране на коју би се окривљени могао позивати да је имао прилике да расправља о новој оптужби која је сачињена против њега, нарочито у вези са питањем установљавања учињеног кривичног дела, већ једноставно напомиње да је вероватно тврдити да би та средства одбране била другачија од оних која су изабрана да оспоре главну оптужбу.¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸² *Ibid.*, para 36, 37

¹⁵⁸³ *Varela Geis c. España*, ECtHR, Demanda n° 61005/09, 5 de marzo de 2013, para 52

¹⁵⁸⁴ *Mattoccia v. Italy*, ECtHR, App. no. 23969/94, 25 July 2000, para 63–72

¹⁵⁸⁵ *Bäckström and Andersson v. Sweden*, ECtHR, App. no. 67930/01, 5 September 2006; *I.H. and others v. Austria*, ECtHR, App. no. 42780/98, 25 April 2006, final on 20/7/2007, para 22 – 39

¹⁵⁸⁶ *Mattoccia v. Italy*, ECtHR, App. no. 23969/94, 25 July 2000, para 59 – 72

¹⁵⁸⁷ О томе: В. Бајовић, „Објективни идентитет пресуде и оптужбе“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/13, стр. 209.

¹⁵⁸⁸ *Drassich c. Italia*, ECtHR, Ricorso n. 25575/04, 11 dicembre 2007, para 34

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, para 40

Из судске праксе ЕСЉП могу се издвојити смернице за утврђивање *предвидивости нове правне квалификације* за окривљеног (питање да ли је окривљени раније имао свест о измењеној правној квалификацији). Предвидљивост промене правне квалификације треба да буде *довољна*, у противном реч је о новој оптужби, што се цени на основу *разлика између кривичних дела* (да ли постоји разлика у погледу материјалних и психолошких елемената кривичних дела и у чему је разлика).¹⁵⁹⁰ Осим оцене да ли се ради о различитом делу, полазећи од утврђивања шта је потребно да докаже тужилац код кривичних дела, разматра се и да ли је у било које време *током истраге или пред судом* *током суђења* *разматрана промењена оптужба*, односно *елементи кривичног дела* у измењеној оптужби.¹⁵⁹¹

Суд не налази повреду у случају промене правне квалификације у другостепеном поступку (у односу на квалификацију коју је утврдио првостепени суд) ако је елемент својствен оригиналној оптужби (нпр. за проневере јавних средстава – јавна природа положаја подносиоца представке) био познат подносиоцу представке од самог почетка поступка, да га подносилац није спорио, те да се мора сматрати да је био свестан могућности да ће овај основни чињенични елемент у мање тешким околностима „обичне проневере“ да представља отежавајућу околност у циљу одређивања казне.¹⁵⁹² До преквалификације долази на основу предвидивости и на основу чињеница које су у првостепеном поступку биле изнете.¹⁵⁹³ Суд прави разлику када се у оптужбу *уводи нови елемент* (нпр. описивање радње помагања и подстрекавања уместо радње извршења кривичног дела), од претходне ситуације када постоји елемент који је својствен иницијалној оптужби („*an element intrinsic to the initial accusation*“).¹⁵⁹⁴

6.2.2. Однос пресуде и оптужбе

Јасан захтев у закону који би омогућио оптуженом да се одбрани од измењених оптужби важан је са аспекта поштовања права окривљеног из члана 6 став 3 (а) и (б) Конвенције, у вези са правом окривљеног на правично суђење у целости из члана 6 став 1 Конвенције.¹⁵⁹⁵

Законик о кривичном поступку предвиђа мере уравнотежења положаја оптуженог ако тужилац измени оптужницу на главном претресу: 1. у случају подношења нове оптужнице, дужност суда да достави нову оптужницу оптуженом и његовом браниоцу и да им обезбеди довољно времена за припремање одбране; 2. у случају измене оптужнице, на њихов захтев, по оцени суда обезбеђивање довољно времена за припремање одбране (члан 409 ЗКП).

Веома битни захтеви за положај оптуженог у кривичном поступку следе из правила из члана 453 ЗКП да пресуда не сме да се измени на штету оптуженог у погледу правне квалификације кривичног дела и кривичне санкције, у случају да је изјављена жалба само у

¹⁵⁹⁰ *Sadak and others v. Turkey* (No. 1), ECtHR, App. nos. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, 17 July 2001, para 56, 53, 57

У конкретном случају предмет иницијалне оптужбе био је сепаратизам и подривање интегритета државе, а нова оптужба односила се на припадност илегалној оружаног организацији.

¹⁵⁹¹ *Penev v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 20494/04, 7 January 2010, final on 7/4/2010, para 37, 40, 41

¹⁵⁹² *Salvador Torres v. Spain*, ECtHR, App. no. 21525/93, 24 October 1996, para 33

¹⁵⁹³ А. Јакшић, стр. 223.

¹⁵⁹⁴ *Juha Nuutinen v. Finland*, ECtHR, App. no. 45830/99, 24 April 2007, final on 24/7/2007, para 32

¹⁵⁹⁵ *Penev v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 20494/04, 7 January 2010, final on 7/4/2010, para 44

корист оптуженог (забрана „*reformatio in peius*“).¹⁵⁹⁶Правило из члана 450 став 5 ЗКП нормативна је основа за заштиту оптуженог на претресу пред другостепеним судом и уједногаранција права оптуженог на изјављивање жалбе. Овлашћени тужилац може према резултатима претреса да измени оптужницу само у корист оптуженог.

Однос суда према оптужби одређен је захтевима односа пресуде и оптужбе који произлазе из искључивог дејства начела акузаторности на утврђивање чињеница (*формално строга везаност пресуде за оптужбу*): 1. пресуда може да се односи само на оптужено лице и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднесеној/на главном претресу измењеној/проширеној оптужници – субјективни и објективни идентитет (члан 420 став 1 ЗКП); 2. невезаностисудасамо за предлоге тужиоца у погледу правне квалификације кривичног дела (члан 420 став 2 ЗКП); 3. апсолутно битном повредом одредаба кривичног поступка забраном прекорачења оптужбе пресудом (члан 438 став 1 тачка 9 ЗКП); 4. прекорачење оптужбе „неизлечива“ је грешка суда – доводи до преиначења пресуде ако другостепени суд нађе да је жалба основана (члан 459 став 1 ЗКП).

Начин законског уређења у складу је са приликом за тужиоца да измени или поднесе суду нову оптужницу у случају да *оцени* да изведени докази на главном претресу указују на *другачијечињенично стање* од онога обухваћеног оптужним актом (члан 409 став 1 и 2 ЗКП),¹⁵⁹⁷ као и основним правилом о знатном лимитирању доказне улоге суда (члан 15 став 4 ЗКП) и његовим тумачењем. „Суд је везан предлозима странака у смислу да не може да одреди извођење доказа по службеној дужности ради утврђивања других чињеница, у крајњој линији, у циљу трагања за истином.“¹⁵⁹⁸ Истовремено, суд није везан за страначке предлоге у погледу тумачења правних одредаба и категорија, те подвођења утврђеног чињеничног стања под те одредбе.¹⁵⁹⁹

Упркос строгој концепцији објективног идентитета прихваћеној у закону, према судској пракси у извесној мери дозвољене су интервенције суда. Поставља се питање које су могућности суда ако је тужилачка оцена изведених доказа о којима се расправљало пред судом изостала (не мења се оптужница) или је различита од судске оцене доказа (било да тужилац мења оптужницу било да тужилац остаје при оптужници). О објективном идентитету бројне и сложене дискусије у правној теорији. У научним и стручним радовима констатује се контрадикторна судска пракса. Актуелност теме најбоље показује чињеница да је прекорачење оптужбе једна од најчешће истицаних повреда у захтевима за заштиту законитости.¹⁶⁰⁰

Основне замерке стриктној концепцији објективног идентитета су избегавање одговорности окривљеног односно супротност захтевима делотворних истрага, као и

¹⁵⁹⁶ О значају принципа забране „*reformatio in peius*“ за питање односа пресуде и оптужбе: Светлана Ђуричић, *Однос пресуде и оптужбе у кривичном поступку*, „Графампромет“, Београд 2008, стр. 239 – 242; Р. Спарић, „Границе испитивања првостепене кривичне пресуде у жалбеном поступку – спорна питања и судска пракса“, *Билтен Врховног касационог суда* бр. 2/2019, Intermex, Београд, стр. 176 – 182.

¹⁵⁹⁷ У литератури се наводи да је једино могуће тумачење да је субјективан став тужиоца одлучујући и довољан, што је у складу са начелом мутабилитета кривичног гоњења. Вид. Иван Илић, „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2015, стр. 269.

¹⁵⁹⁸ М. Шкулић (2013 б), стр. 704.

¹⁵⁹⁹ В. Бајовић (2013), стр. 217 – 218.

¹⁶⁰⁰ „Неки ставови из одлука ВКС од значаја за судску праксу – Прекорачење оптужбе (члан 438 став 1 тачка 9 ЗКП)“, *Билтен Врховног касационог суда* бр. 2/2019, Intermex, Београд, стр. 15.

примена начела *ne bis in idem*. У правној теорији објашњавало се да је објективни идентитет очуван ако је и у оптужби и у пресуди реч о „истом делу“ тј. истоветном историјском догађају.¹⁶⁰¹ У старијој литератури се ипак опомињало да суд не сме на штету оптуженог нити да утврђује нову одлучну чињеницу које нема у оптужници, нити да је друкчије утврди нити пак може да пропусти да утврди такву чињеницу садржану у оптужници (која иде у прилог оптуженог).¹⁶⁰²

Правна наука упозорава да „неконтролисано ширење овлашћења суда у модификовању чињеничног описа кривичног дела неминовно води озбиљном нарушавању права одбране“, „опасности по непристрасност суда“, „те неправичностима које са собом носи акузаторска улога суда“.¹⁶⁰³ Полазећи од теорије „другачијег“ и „другог“ дела Грубише и ширег тумачења закона у судској пракси у правцу „повољније за окривљеног“, предлог у правној теорији за допуне решења у законодавству гласила је: „Ако се чињенично стање измени на главном претресу, па дело које је предмет оптужбе постане другачије, а не друго дело, суд ће оптуженог моћи осудити за то другачије дело ако није теже од дела за које је лице оптужено, али не и за друго дело, макар било лакше за оптуженог“.¹⁶⁰⁴

Раније решење у нашем законодавству (члан 375 став 3 ЗКП/2006) одражавало је равнотежу између начела акузаторности, тада важећег начела материјалне истине и начела правичности: „Чињенично стање које је на основу изведених доказа утврђено у пресуди не мора да буде идентично чињеничном опису кривичног дела из оптужнице, али се чињенично стање утврђено пресудом мора непосредно односити на исти догађај обухваћен оптужницом и њиме се не сме *битно мењати радња дела* садржана у оптужници“.¹⁶⁰⁵ Правило је било у складу са сагласним ставом теорије и праксе да „суд може окривљеног огласити кривим за блажи чињенични опис у поређењу са оним наведеним у оптужници, а да нису дозвољена преиначења у супротном правцу ако би она доводила до теже квалификације дела“.¹⁶⁰⁶ У правној теорији се указује да се чини да је у процесном амбијенту у којем суд утврђује истину овај став потребно кориговати ширим тумачењем дела који се односи на „блажи чињенични опис“ – да се води рачуна да се изменама не погорша положај окривљеног како у погледу правне квалификације тако и приликом одмеравања казне.¹⁶⁰⁷

Важећи Законик елиминацијом начела материјалне истине не дозвољава тумачење у овом правцу. Новија теорија чињеничних скупова покушава да пружи пракси прецизније, али и ригидније темељне математичке и логичке смернице да су дозвољене измене у погледу конститутивних елемената дела „редуковањем чињеница или чињеничних вредности наведених у оптужном акту“, те да је основно питање „да ли су се новоутврђене чињенице већ раније налазиле у ширем чињеничном скупу понуђеном од стране тужиоца?“¹⁶⁰⁸ Према овој теорији није дозвољено да суд додаје и увећава по квантитету квалификаторну околност нити да је мења другом, а по правилу може да додаје привилегујућу околност (водећи рачуна

¹⁶⁰¹ М. Грубач (2008), стр. 340.

¹⁶⁰² О томе: М. Грубиша, стр. 77.

¹⁶⁰³ М. Мајић, „Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда* бр. 2/11, Intermex, Београд, стр. 85 – 86.

¹⁶⁰⁴ С. Ђуричић, стр. 35 – 36.

¹⁶⁰⁵ М. Шкулић (2007 а), стр. 1113.

¹⁶⁰⁶ В. Бајовић (2014), стр. 618.

¹⁶⁰⁷ М. Шкулић (2007 а), стр. 1117 – 1118.

¹⁶⁰⁸ М. Мајић (2011), стр. 97.

да је уношење нехата као привилегујућег елемента недозвољено¹⁶⁰⁹) и да мења „не – конститутивне елементе“ кривичног дела.

Допуњавајући критеријум (шири критеријум који се примењује и на државе чија се законодавства темеље на начелу материјалне истине) проналазимо у европским стандардима–дозвољавањетаквеизмене у чињеничном стању која не би чинила нужним претходно обавештавање оптуженог о њима ради коришћења средстава одбране у погледу измене.¹⁶¹⁰

Из праксе ЕСЈП произлази важност оцене да ли је вероватно да би окривљени, да су му биле познате измене, употребио друга средства одбране у односу на коришћена током поступка односно да ли је окривљени претходно са тужиоцем расправљао на суђењу у погледу судских измена у чињеничном стању (изјашњавао се и износио одбрану у погледу чињеничних измена). Ови критеријуми су у складу са ставом у нашој правној теорији који, полазећи од важећих начела и правила у законодавству, оправдава да се од „предложеног“ чињеничног стања (наведеном у оптужном акту) може одступити у смислу *додатног* утврђивања од стране суда неких чињеница које нису наведене у оптужби а које је окривљени истакао у поступку и у смислу *другачијег* утврђивања чињеница наведених у оптужници под условом да се одбрана на њих позвала.¹⁶¹¹ Налозима странкама у корист одбране или одређивањем извођења доказа ради свестраног расправљања у корист одбране посредно може да се утиче на тужиоца да измени диспозитив оптужбе према чињеницама које произлазе из ових доказа или да се омогућиувођење доказа који ће да укажу на додатне или другачије чињенице у корист окривљеног.

¹⁶⁰⁹ Супротно овом ставу М. Мајића о редукцији степена кривице (М. Мајић (2011), стр. 99 – 101), С. Бејатовић указује да је „дозвољено да суд одступи од оптужбе утолико што ће оптуженог прогласити кривим за кривично дело са лакшим обликом виности од оног облика виности који је за то дело дат у оптужници“ (С. Бејатовић (2019), стр. 464.)

¹⁶¹⁰ Критеријум за потребу обавештавања окривљеног о измењеној оптужби је оцена да ли измене доводе до суштинске промене положаја окривљеног односно да ли је окривљени „суштински погођен изменама“ („*substantially affected*“). Вид.: Преамбула Директиве ЕУ 2012/13о праву на информацију у кривичном поступку, рецитал 29

Закон о кривичном поступку Немачке (§ 265) дозвољава суду да одступи од „прелиминарне оцене о чињеничном и правном стању која му је саопштена током претреса“, под условима да је оптуженом претходно посебно указано на измену правне квалификације и да му је дата прилика да се брани. На исти начин ће се поступити „ако је потребно да се укаже на измењено чињенично стање“ за потребе „*довољне одбране* оптуженог“.

¹⁶¹¹ В. Бајовић (2013), стр. 219.

ШЕСТОПОГЛАВЉЕ

ПРАВНИ ЛЕКОВИ

На нормативну и практичну важност правног лека у кривичном поступку указује се у делу наше правне теорије кривичног процесног права издвајањем у ширем смислу „начела правног лека“¹⁶¹², те у ужем смислу, полазећи од редовног правног лека и одсуства обавезе његовог улагања, „начело двостепености судског одлучивања“ односно „факултативне двостепености судског одлучивања“¹⁶¹³. У правној теорији формулише се и „начело „вишестепености судског одлучивања“.¹⁶¹⁴

Право на жалбу у кривичним стварима основно је људско право садржано у члану 2 став 3 тач. а) – ц) и члана 14 став 5 Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Протоколу 7 став 2 Европске конвенције о људским правима (право делотворне жалбе, право на преиспитивање кривице и осуде или казне од стране вишег суда).

Државама се препушта да законом уреде начин остваривања права, што обухвата и основе за коришћење права. Право на жалбу је уставно право (члан 36 став 2 УРС, члан 145 став 4 УРС) и законско право које се остварује у законом прописаном поступку (чл. 432 – 469 ЗКП). Правна теорија налази да је јемство за постизање боље одлуке поводом правног лека „изношење кривичне ствари пред вишу инстанцу, састављену од судија са већим знањем и искуством, који расправљају под бољим објективним условима“, као и на чињеници да „предмет подвргнут оцени два различита форума има више изгледа да буде правилно оцењен“.¹⁶¹⁵

Две основне одлике правних лекова огледају се у заштити, изнад свега, свих људских права и постизању основног циља – исправке неправилне судске одлуке.¹⁶¹⁶ Једна од основних функција гарантовања и уређења права на жалбу је и да се заштити право на правично суђење и права окривљеног спречавањем или уклањањем њихових повреда. Законик о кривичном поступку прописује три врсте жалби као редовне правне лекове: жалбу на првостепену пресуду, жалбу на пресуду другостепеног суда и жалбу на решење.

Правило је да поступак по ванредним правним лековима којима се захтева понављање правноснажно окончаног поступка или да се поништи правноснажна пресуда ради заштите законане обухвата одлучивање о кривичној оптужби (јер се не ради о оптуженом већ осуђеном лицу), односно да се члан 6 Конвенције сматра непримењивим на ову фазу

¹⁶¹² Шкулић излаже начело у ширем смислу полазећи од постојања „одговарајућих разноврсних правних средстава“ у односу на пресуду али и у односу на друге одлуке, те „потребе да у поступку постоји могућност покретања одређених процесних механизма којима се формална и материјална (чињенична и правна) исправност судских одлука може доводити у питање“. М. Шкулић (2020 а), стр. 82.

¹⁶¹³ З. Јекић, Р. Данић, стр. 181 – 182.

¹⁶¹⁴ О томе: В. Ђурђевић (2014), стр. 84.

¹⁶¹⁵ Т. Васиљевић, стр. 470.

¹⁶¹⁶ Т. Bubalović, *Pravni lijekovi u kaznenom postupku (teorija, legislativa, praksa)*, Zagreb 2018, стр. 18 – 19.

Цитирани аутор издваја и друге функције правних лекова, између осталог, „јачање поверења јавности у казно правосуђе“, „осигуравање једнообразне примене права“, „јачање брижљивости“ рада судија. *Ibid.*, стр. 34.

поступка, те да не постоји право на понављање поступка.¹⁶¹⁷ Европски суд за људска права ипак испитује повреду права на приступ суду у одређеној мери и у поступку по ванредним правним лековима и признаје практични значај поступка „ревизије“ по ванредном правном леку указујући на последице игнорисања повреда права на правично суђење односно на значај отклањања недостатака у правноснажно окончаном поступку. Законик о кривичном поступку уређује две врсте ванредних правних лекова: понављање кривичног поступка (повнављање кривичног поступка окончаног правноснажним пресудом, понављање кривичног поступка осуђеном у одсуству) и захтев за заштиту законитости.

1. Правни лекови и начело једнакости „оружја“

Уопштено, из угла основне сврхе правних лекова „поправљања погрешне судске одлуке“, у доктрини се, полазећи од запажања Крапаца, налази да се овом сврхом странкама враћа „једнакост шанси на успјех“, што је основ легитимитета судских одлука.¹⁶¹⁸ Нормативно и практично, захтеви начела једнакости „оружја“ примењују се и у поступку по редовним правним лековима, у границама надлежности другостепеног суда, јер се остваривање права на правично суђење цени према кривичном поступку у целини. Право на приступ суду односи се и на жалбени поступак, а иако подлеже ограничењима која се подразумевају, посебно где су у питању услови допуштености жалбе, ограничења не смеју ограничити или смањити приступ појединца на такав начин или у том обиму да се угрози сама суштина тог права.¹⁶¹⁹

Начело једнакости „оружја“ подразумева право странака да једнако расправљају пред судом. У нашој старијој правној теорији правни лек се одређивао као процесна радња странака, којом се изазива спор о томе, да ли се једна судска одлука, која се напада, има одржати на снази или се има укинути или заменити другом судском одлуком.¹⁶²⁰ Новија правна теорија такође описује другостепени поступак као „нови спор пред другим, вишим судом“. ¹⁶²¹Ако се има у виду да се пред другостепеним судом може отклонити евентуална нарушена равнотежа између странака („лечење недостатака“), као и пре свега предмети у којима одбрана није обавезна, а правно неук окривљени нема браниоца, постаје очигледан могући штетан ефекат по одбрану.

За државу настају позитивне обавезе у поступку по жалби, у ситуацији када је неопходно да се отклони штетни ефекат по окривљеног због његовог фактички неповољнијег положаја (немогућност да делотворно оствари право да изјави жалбу), омогућавања окривљеном да практично и делотворно оствари право на правично суђење, а њихово непоштовање доводи до повреде члана 6 став 1 и члана 6 став 3 Конвенције. ¹⁶²²Ове позитивне обавезе у вези су са дужношћу судије да у оквиру надлежности да управља поступком поступа у циљу постизања вођења правичног поступка.

¹⁶¹⁷ *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), ECtHR, App. no. 19867/12, Grand Chamber, 11 July 2017, para 60 – 61

¹⁶¹⁸ Т. Вубаловић (2018), стр. 33.

¹⁶¹⁹ М. Сладојевић, стр. 121.

¹⁶²⁰ Б. Марковић (1926), стр. 472.

¹⁶²¹ Г. П. Илић, *Границе испитивања првостепене пресуде у кривичном поступку*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2002, стр. 7.

¹⁶²² *Czekalla v. Portugal*, ECtHR, App. no. 38830/97, 10 October 2002, final on 10/1/2003, para 68 – 71

Гаранције делотворне одбране у поступку по жалби прописују се Закоником о кривичном поступку правилима о обавезној одбрани и одбрани сиромашног окривљеног и њиховом трајању. Додатно, пружа се заштита окривљеном који је повредио своју процесну дужност након пресуђења. Ако му се достављање пресуде којом му је изречена кривична санкција која се састоји у лишењу слободе не може извршити на адресу о којој је обавестио суд, а нема браниоца, поставиће му се бранилац по службеној дужности док не обавести суд о новој адреси, при чему ће се постављеном браниоцу пре достављања пресуде одредити потребан рок за упознавање са списима који не може да буде краћи од три дана (члан 246 ст. 3 и 4 ЗКП).¹⁶²³

Уређује се поступање *favor defensionis* захтевом првостепеном суду да проследи другостепеном суду жалбу у корист оптуженог која не садржи све обавезне елементе, али се може утврдити на коју пресуду се односи, у случају да оптужени има браниоца (члан 436 став 3 ЗКП) као и оваквим поступањем, након претходног налагања уређења оптуженом, у случају да оптужени нема браниоца (члан 436 став 2 ЗКП).

Оптуженом се пружа гаранција за изјављивање жалбе, у члану 453 ЗКП, да у случају да је изјављена жалба у корист окривљеног, пресуда не сме да се измени на његову штету у погледу правне квалификације кривичног дела и кривичне санкције (*забрана reformation in peius*).¹⁶²⁴ Додатно, интереси „процесно неактивног“ оптуженог штите се привилегијом здруживања (*beneficium cohaesionis*) из члана 454 ЗКП, која захтева поступање суда по службеној дужности.

У поступку по жалби присутни су елементи начела расправности (постојање одговора на жалбу на пресуду), обавештавање о седници већа пред другостепеним судом, расправа на претресу пред другостепеним судом.

Не издваја се посебна повреда у оквиру жалбеног основа битна повреда одредаба кривичног поступка – тешка повреда права на правично суђење, али је коришћење права на жалбу уређено и у циљу отклањања грешака првостепеног суда којима се крши право на правично суђење и права на одбрану, односно њихово делотворно остварење (нпр. апсолутно битне повреде да је главни претрес одржан у одсуству окривљеног без испуњења законских услова за суђење у одсуству, да је оптуженом или браниоцу ускраћено да на главном претресу употребљавају свој језик и да на свом језику прате ток главног претреса, прекорачење оптужбе, повреда гаранције забране *reformation in peius*; релативно битне повреде да је пресуда заснована на незаконитом доказу против окривљеног осим ако је очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда с обзиром на друге доказе, недавање разлога о одлучним чињеницама због чега није могуће испитати законитост и

¹⁶²³ У судској пракси се у овом случају утврђује битна повреда одредаба кривичног поступка у поступку достављања првостепене пресуде и укида пресуда другостепеног суда (у поступку по захтеву за заштиту законитости). Непостављањем браниоца по службеној дужности и недостављањем пресуде браниоцу по службеној дужности окривљеном ускраћује се могућност да евентуално изјави жалбу против пресуде, о којој би жалбени суд одлучио истовремено са жалбом јавног тужиоца (Пресуда Врховног касационог суда Кзз 10/13 од 11.4.2013. године, непосредан увид.)

Постављење браниоца по службеној дужности у поступку достављања судске одлуке окривљеном, на основу члана 246 став 3 ЗКП, примењује се у пракси и на достављање решења којим се осуђеном изречена новчана казна замењује казном затвора у поступку извршења новчане казне (члан 51 став 2 КЗ) и решења којим се осуђеном рад у јавном интересу замењује казном затвора (члан 52 став 5 КЗ).

¹⁶²⁴ Грубиша наводи да „разлози правичности диктрају да се оптуженом даде сигурност да својом жалбом неће погоршати свој положај, односно да се он ослободи од страха да не нашкоди себи својом властитом жалбом.“ Вид.: М. Грубиша (1963), стр. 282.

правилност пресуде, непримена односно неправилна примена одредбе ЗКП којом се штите ова права, која је од одлучног утицаја за доношење законите и правилне пресуде).¹⁶²⁵

У литератури се као трећи тип грешке у кривичном поступку (осим „правних грешака“ и „чињеничних грешака“) издвајају повреде поступка због којих је окривљени *изгубио прилику да се ослободи од оптужбе*.¹⁶²⁶

Заштитне гаранције начела једнакости „оружја“ у поступку по правним лековима доводе се у питање пре свега правилима о границама испитивања првостепене пресуде, дозвољености изјављивања жалбе против другостепене пресуде и учествовању на седници већа.

Захтев за заштиту законитости могу да изјаве окривљени и његов бранилац (члан 483 став 1 ЗКП), али је овлашћење окривљеног ограничено у погледу овлашћеног лица за изјављивање захтева, благовремености захтева и дозвољености изјављивања захтева у односу на одређене повреде закона, те претходно коришћење редовног правног лека, што се засебно разматра. Даље у раду анализира се питање приликеза окривљеног да поднесе захтев преко браниоца. Постављеном браниоцу по службеној дужности престаје функција одбранепо правноснажном окончању кривичног поступка. Када је реч о захтеву за заштиту законитости поднетом због повреде закона, Врховни касациони суд је овлашћен дага одбаци ако цени да повреда закона није значајна за „правилну или уједначену примену права“ (члан 486 став 2 ЗКП, члан 487 став 1 тачка 4 ЗКП), чиме се додатно ограничава право на приступ суду. Ограниченим могућностима за окривљеног да изјављује захтев за заштиту законитости, једини ванредни правни лек који је овлашћен да изјави због повреде закона, законодавац се кретао у супротном правцу од обавезе „развијања могућности судских правних лекова“ из члана 2 став 3 тачка б) Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

Разлог за подношење захтева за заштиту законитости је и повреда/ускраћивање људског права и слободе окривљеног зајемченог Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, претходно утврђена одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права (члан 485 став 1 тачка 3 ЗКП).

2. Однос права на правично суђење и права на делотворни правни лек

Универзална декларација о људским правима, у члану 8, прописује право на делотворни правни лек пред надлежним националним судовима за заштиту основних права признатих уставом или законима. У литератури се сагледава однос између права на правично суђење и права на делотворан правни лек. Повеља Европске уније о основним правима, у члану 47, прокламује и право на делотворно правно средство и на правично суђење. Наша држава спада у групу земаља које прихватају право на подношење уставне жалбе Уставном суду против одлука судова као појединачних аката у циљу одбране основних људских права, те и права на правично суђење под условом да су „исцрпљена или нису предвиђена друга

¹⁶²⁵ Битне повреда одредаба кривичног поступка из члана 438 став 1 тач. 5, 9, 10 ЗКП, члана 438 став 2 тач. 1 – 3 ЗКП.

¹⁶²⁶ Rosemary Pattenden, „Criminal Appeals“, *The Handbook of the Criminal Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, New York 2002, стр. 488.

правна средства за њихову заштиту“(члан 170 Устава). Европски суд за људска права сматра уставну жалбу делотворним правним средством.¹⁶²⁷

Постојање делотворног правног лека у начелу најпре захтева да се у правном оквиру држава обезбеди један или више правних лекова којим/којима ће скупно моћи да седелотворно истичу повреде Конвенције. Осим тога, државни орган поступајући по правном леку поднетом због повреде Конвенције треба да разматра примену суштине права и слобода из Конвенције и да одобри одговарајућу помоћ.¹⁶²⁸ Критеријуми за делотворни правни лек који се изводе из праксе ЕСЉП *су обим преиспитивања* неке мере од стране суда или другог органа и омогућавање да се *адекватно* размотре главни елементи наводног кршењанеког права заштићеног Конвенцијом.¹⁶²⁹

Веза права на правично суђење и права на делотворан правни лек произлази из одлике члана 13 Конвенције да „његова примена долази у обзир само онда када Суд нађе да има основа разматрању постојања повреде неког другог члана Конвенције.“¹⁶³⁰ У случајевима када се разматрају повреде права на правично суђење и права на делотворни правни лек, практично се Суд, традиционално опредељује да радије примени члан 6 став 1 Конвенције или члан 5 став 4 Конвенције него члан 13 Конвенције, ако је тумачење члана 13 Конвенције спорније“односно „ако се утврди кршење ових чланова, искључује се испитивање повреде члана 13 Конвенције ако постоји довољно разлога за искључење.“¹⁶³¹ Објашњава се резидуална заштита члана 13 Конвенције, примењива у случајевима када није могуће да се примени члан 6 став 1 нити члан 5 став 4 или у случајевима када су прекршене и нема делотворног лека у националном праву да поправи ту иницијалну повреду.¹⁶³²

Уставни суд налази да није повређено право на правно средство када је о жалби против првостепене пресуде одлуку донео другостепени суд, чиме се задовољава ово зајемчено људско право, а да чињеница да је повређено право на правично суђење (другостепени суд није дао „јасне, довољне и уставноправно прихватљиве разлоге у погледу свих чињеница које су од значаја за доношење одлуке“), односно сегмент права на одбрану, не значи аутоматски и увек и повреду права на правно средство.¹⁶³³

3. Границе испитивања првостепене пресуде

Жалбу против пресуде у корист оптуженог могу да изјаве оптужени, без његовог посебног овлашћења лица у одређеном односу са оптуженим (брачни друг, лице са којим оптужени живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој

¹⁶²⁷ Драгана Јовичић против Србије, Представка број 42716/11, 12. фебруар 2013.

О уставној жалби као делотворном правном средству у литератури вид.: И. Крстић, Т. Маринковић, стр. 267 – 271.

¹⁶²⁸ *Soering v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 14038/88, 7 July 1989, para 120

¹⁶²⁹ Вид.: М. Сладојевић, стр. 211.

¹⁶³⁰ Д. Поповић (2016), стр. 293.

¹⁶³¹ Encarna Carmona Cuenca, „The Right to an Effective Remedy Before a National Authority: Problems of Interpretation (Art. 13 ECHR)“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012, стр. 452., 462.

¹⁶³² *Ibid.*, стр. 462.

¹⁶³³ Одлука Уставног суда РС Уж 66/2010 од 2.7.2012. године, 5., 6., 10., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 21. јула 2019.

линији, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранитељ) и бранилац, као и јавни тужилац, сагласно начелу непристрасности (члан 433 став 1, 2, 3, 6 ЗКП). Додатна заштитна гаранција права окривљеног је право браниоца да изјави жалбу у корист оптуженог, мимо његове воље, у случају када је оптуженом изречена казна затвора у трајању од тридесет до четрдесет година или казна доживотног затвора (члан 433 став 6 ЗКП).

Основи за изјављивање жалбе су и правне и чињеничне природе: 1. битне повреде одредаба кривичног поступка; 2. повреде кривичног закона; 3. погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање; 4. неправилна одлука о кривичној санкцији и о другим одлукама. У правној теорији се наводи да погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање у ствари, представља *неистину* (погрешно утврђено чињенично стање) или *нецеловиту истину* (непотпуно утврђено чињенично стање), што је у извесној контрадикцији у односу на тежњу законодавца да лимитира начело истине и суд учини начелно минимално доказно активним.¹⁶³⁴ Ипак, „пуна“ надлежност жалбеног суда (разматрање правних и чињеничних питања и преиспитивање кривичне санкције) има значајне реперкусије на поштовање права окривљеног у кривичном поступку.¹⁶³⁵ Другостепени суд је надлежан да потврди, али и да укине или преиначи пресуду првостепеног суда, те и да измени кривичну санкцију коју је изрекао првостепени суд (чл. 455 – 462 ЗКП).

Законик о кривичном поступку од 2011. године прихвата основно правило *tantum devolutum quantum appellatum*, уместо система испитивања пресуде у потпуности. Другостепени суд надлежан је, према члану 451 став 1 ЗКП, да испитује пресуду у оквиру основа, дела и правца побијања истакнутих у жалби (испитивање у границама правног лека). Правило има изузетак уског обима. Једновремено, надлежни виши суд по службеној дужности води рачуна о одлуци о кривичној санкцији.

Суд је према претходно важећем ЗКП – у, водио рачуна по службеној дужности о бројним, таксативно наведеним тада апсолутно битним повредама кривичног поступка,¹⁶³⁶ да ли је главни претрес одржан у одсуству оптуженог противно ЗКП – у, а у случају обавезне одбране, и у одсуству браниоца оптуженог, као и да ли је на штету оптуженог повређен кривични закон (члан 380 став 1 тач. 1 и 2). Повреда кривичног закона обухватала је повреду у питању да ли постоје околности које искључују кривично гоњење, нарочито да ли је наступила застарелост кривичног гоњења, гоњење искључено услед амнестије или помиловања или се ради о већ правноснажно пресуђеној ствари (члан 369 став 1 тачка 2),¹⁶³⁷

¹⁶³⁴ М. Шкулић (2016 а), стр. 126.

¹⁶³⁵ Последице ограничене надлежности суда правног лека огледају се у томе да се неки недостаци настали у првостепеном поступку не могу отклонити у поступку по правном леку (нпр. постављање браниоца за расправу по жалби неће да излечи недостатке одсуства адвоката на суђењу ако жалбени суд нема надлежност да разматра случај поново у целини у погледу права и чињеница). D. Harris *et al.*, стр. 314.

¹⁶³⁶ У апсолутно битне повреде кривичног поступка о којима је суд водио рачуна по службеној дужности спадале су између осталих и: прекорачење оптужбе, повреда забране *reformation in peius*, заснивање пресуде на доказу на коме се по одредбама законика не може заснивати, неразумљивост изреке пресуде, противречност пресуде самој себи или разлозима пресуде, непостојање разлога у пресуди или непостојање разлога о одлучним чињеницама у пресуди или постојање разлога који су потпуно нејасни или у знатној мери противречни или да о одлучним чињеницама постоји знатна противречност између оног што се наводи у разлозима пресуде о садржини исправа или записника о исказима датим у поступку и самих тих исправа или записника (члан 380 став 1 тачка 1 у вези члана 368 став 1, тач. 8 до 11).

¹⁶³⁷ У правној теорији се сугерише да важеће решење сврставања застарелости, амнестије и помиловања у апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, представља „изузетно грубу, не само правотехничку, већ и суштинску грешку“, јер су регулисани одредбама кривичног законодавства, тј. начелно припадају корпусу материјалног кривичног права, без обзира на то што такве чињенице у

што је актуелно апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка. Уколико је жалба изјављена у корист оптуженог била непотпуна (није садржан основ и образложење жалбе), суд је водио рачуна по службеној дужности и о одлуци о казни, мерама безбедности и одузимању имовинске користи (члан 380 став 2), а ако је жалба била изјављена због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања или повреде кривичног закона, о одлуци о кривичној санкцији и одузимању имовинске користи (члан 383).

У упоредном законодавству разматрање повреда кривичног закона најчешће је присутно ако су повреде учињене на штету оптуженог, што упућује да је реч о установи *in favor defensionis*, док се законодавства разликују по броју апсолутно битних повреда кривичнопроцесних прописа о којима виши суд *ex officio* води рачуна.¹⁶³⁸ Важеће решење дозвољава другостепеном суду да поводом жалбе изјављене у корист окривљеног испитује по службеној дужности одлуку о кривичној санкцији: 1. ако је жалба изјављена због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања или због повреде кривичног закона; 2. ако жалба није потпуна – не садржи основ за изјављивање жалбе и образложење жалбе (члан 451 став 2 тач. 1 и 2 ЗКП).

У првом случају, реч је у суштини о „проширеном дејству жалбе“ у корист окривљеног, које се као такводефинише у законодавству Црне Горе (члан 401 ЗКП ЦГ), а у правној теорији се објашњава међусобном повезаношћу жалбених разлога. „Апсолутно се претпоставља да ако жалилац није задовољан утврђеним чињеничним стањем односно применом материјалноправних кривичних одредби, он свакако сматра да ни кривична санкција, односно одлука о одузимању имовинске користи, која директно произлази из тако утврђеног чињеничног стања и такве примене кривичног права, никако не могу бити исправне“.¹⁶³⁹

Другостепени суд има могућност и да поводом жалбе тужиоца на штету окривљеног преиначи првостепену пресуду и у корист оптуженог у погледу одлуке о кривичној санкцији (члан 451 став 3 ЗКП). Осим тога, поступање по службеној дужности је обавезно и уколико другостепени суд, поступајући поводом било чије жалбе, утврди да су разлози због којих је донео одлуку у корист оптуженог од користи и за оног саоптуженог који није изјавио жалбу/није изјавио жалбу у том правцу, у којој ситуацији ће поступити као да таква жалба постоји (привилегија здруживања – *beneficium cohaesionis* из члана 454 ЗКП).

Струка опомиње на неједнако и нелогично регулисање да ће другостепени суд по службеној дужности испитати пресуду у погледу одлуке о санкцији и онда када је жалбени основ жалбе тужиоца битна повреда одредаба кривичног поступка, односно када основ уопште није наведен у жалби у корист окривљеног, али да неће испитивати пресуду у погледу одлуке о санкцији поводом жалбе изјављене у корист окривљеног у којој је као основ наведена битна повреда одредаба кривичног поступка.¹⁶⁴⁰

Законик знатно сужава повреде о којима суд води рачуна по службеној дужности, што је последица нове концепције и страначке природе кривичног поступка, те стављања у први план страначке иницијативе, односно диспозиције странака, чиме смањује гаранције

кривичном поступку имају значај трајних сметњи за кривично гоњење. Вид.: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 103.

¹⁶³⁸ Г. П. Илић (2002), стр. 85.

¹⁶³⁹ М. Škulić (2012 а), стр. 476.

¹⁶⁴⁰ Омер Хациомеровић, „Границе испитивања ожалбене пресуде у кривичном поступку у Србији“, *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016, стр. 195.

законитих и правилних пресуда. Одлике адверзијалних система су да су врло сужени жалбени разлози, да се у неким системима у *prima facie* смислу цени да ли је релевантна повреда на коју се жалилац позива, да је у многим вођење другостепеног поступка веома ретко, као и да не постоје жалбени разлози о којима се води рачуна по службеној дужности.¹⁶⁴¹ Одлука законодавца је у супротности са законодавном традицијом да се по већем броју основа (правне грешке) у поступку по жалби штити оптужени од пропуста у првостепеном поступку, а занемарује јавни интерес¹⁶⁴² за преиспитивање пресуда. Елиминише важне гаранције за спровођење правичног поступка – позитивне обавезе суда, нарочито у случајевима када окривљени нема браниоца и када је одбрана окривљеног неадекватна.

Изостајање исправног побијања пресуде не мора да буде због незаинтересованости, већ и због тога што „странка није била у стању да правилно оцени ствар“¹⁶⁴³, што нарочито може да дође до изражаја када је реч о оптуженом. Супротност закона дугој традицији води у пракси до: 1. формирања осећаја судија другостепених судова да су им "везане руке"; 2. покушаја судија да „савесно“ обављајући посао, ако су жалбе основане у основу, делу и правцу побијања, па повреде треба да резултирају укидању пресуде или решења, првостепеном суду „суптилно“ укажу и на друге повреде; 3. поступања мимо граница жалбе водећи рачуна по службеној дужности о повредама закона на штету окривљеног, уз позивање на екстензивно тумачење члана 451 ст. 2 и 3 ЗКП – а, као и на уставне, материјалноправне и процесноправне одредбе о непостојању услова за кривично гоњење и даље вођење кривичног поступка.

Тумачење у ширем смислу граница испитивања пресуде даје Врховни касациони суд, констатујући постојање правне празнине, за случај наступања застарелости кривичног гоњења (члан 438 став 1 тачка 1 ЗКП), декриминализације кривичног дела (члан 439 став 1 тачка 1 ЗКП), обавезне примене новог закона као блажег (члан 439 став 1 тачка 2 ЗКП).

Према Правном схватању овог суда у жалбеном поступку питање застарелости кривичног гоњења може да се испитује по службеној дужности само ако је до исте дошло у периоду након истека рока за жалбу, па до доношења другостепене одлуке (на основу овлашћења из члана 459 став 1 реченица друга, у вези са чланом 451 став 2 или 3 ЗКП), у зависности од тога ко је уложио жалбу, а ово схватање примењује се и на повреду закона због промене закона тако што је дошло до декриминализације кривичног дела или закон треба применити као блажи закон, услед чега је наступила застарелост кривичног гоњења.¹⁶⁴⁴

Детаљнијесагледавањем члана 451 став 2 ЗКП произлази из разлога узакључку Врховног касационог суда да је у конкретном случају „другостепени суд био овлашћен да испита постојање застарелости кривичног гоњења по службеној дужности“, да „другостепени суд треба да има у виду да се казне и мере упозорења могу изрећи само

¹⁶⁴¹ М. Шкулић (2020 а), стр. 22.

¹⁶⁴² У нашој старијој правној теорији се указивало да првостепени кривични поступак „не пружа довољне гаранције за добијање праведне и правичне одлуке“, да „првостепени судија може изрећи одлуку која не одговара закону из разних узрока“. Б. Марковић (1926), стр. 473.

¹⁶⁴³ Т. Васиљевић (1964), стр. 486.

¹⁶⁴⁴ Текст одговора утврђен на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда 2. и 4.12.2013. године, *Билтен Врховног касационог суда у Београду* 1/2015, Intermex, Београд, стр. 267.

учиниоцу који је крив за учињено кривично дело, а према начелној одредби члана 2 КЗ¹⁶⁴⁵, али се од ове констатације није ишло даље.

Осим тога, у судској пракси присутна су и екстензивна тумачења члана 451 став 2 и 3 ЗКП – „испитујући одлуку о кривичној санкцији другостепени суд испитује не само њену правилност већ и законитост, односно да ли је изречена у складу са законом“, а решење се проналази у Уставу, члан 34 став 1 у вези члана 18 став 1 УРС (када се испитује да ли је дело које је предмет оптужбе кривично дело) као и законима којима се прописују околности које трајно искључују гоњење (када се испитује да ли постоје околности које трајно искључују гоњење).¹⁶⁴⁶

У хрватском праву суд по службеној дужности води рачуна о таксативно наведеним битним повредама кривичног поступка (између осталог тешкој повреди права на правично суђење зајемченог Уставом и Конвенцијом), суђењу у одсуству и повреди кривичног закона на штету окривљеног (члан 468 став 2, члан 476 став 1 тачка 1 ЗКПХ). Ово ригорозно законско решење на први поглед пружа максималне гаранције делотворности жалбе у циљу отклањања пропуста на штету одбране који нарушавају правично суђење. Значај прописивања овог вида надзора редовних судова у поступку по правним лековима, произлази из функције излечења недостатака од стране суда правног лека (*'curing' court*).¹⁶⁴⁷

Ипак, сматрамо основаном критику у хрватској литератури да је уместо евентуалног увођења нових појединачних повреда кривичног прописана паушална одредба која даје власт другостепеном суду да поступајући независно од битних повреда кривичног поступка укида првостепене пресуде, при чињеници да другостепени суд није овлашћен да процењује правичност поступка независно од одредаба ЗКП –а, чиме се крши надлежност редовних судова.¹⁶⁴⁸

Истраживање новије праксе Врховног суда Хрватске показало је да разматрање да ли је повређено начело правичности у поступку у целинимора обухватити елементе: 1). омогућавање оптуженом да се брани (и уз бранитеља ако је то нужно); 2). могућност оптуженог да оспори веродостојност доказа оптужбе и противи се извођењу, питањеквалитета доказа на којима се темељи осуда, укључујући и оценуда ли начин изузимања и извођење доказа доводи у сумњу њихову веродостојност; 3). питање да ли су докази изведени на начин који осигурава правично суђење, а нарочито да ли су дати разлози за одбијање доказних предлога одбране, посебно у односу на значај тих доказа и ако је реч о одбијању сведока алибија.¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴⁵ Из пресуде Кзз 14/2017 од 19.1.2017. године. Вид.: Р. Спарих (2019), стр. 175 – 176.

¹⁶⁴⁶ О. Хациомеровић, стр. 196 – 197.

¹⁶⁴⁷ Анализирајући праксу ЕСЈП, Goss указује да Суд може ради остварења функције „лечења недостатака“ (спречавање да потенцијалне повреде постану повреде по виђењу ЕСЈП) да захтева у неким случајевима: 1. одлучивање суда правног лека о свим спорним чињеничним и правним питањима; 2. способност суда да оперише са одређеним правима из члана 6 у свом властитом поступку (нпр. право на расправу); 3. не само способност, већ и рад суда правног лека са овим правима у конкретном случају; 4. усмеравање суда правног лека да анализира члан 6 Конвенције. Вид.: R. Goss, стр. 156.

¹⁶⁴⁸ Z. Đurđević (2013), стр. 345 – 346.

¹⁶⁴⁹ Е. Ивичевић – Карас, „Сустав правних лијекова и реформа хрватског казненог поступка (основне значајке и искуства у примјени)“, *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016, стр. 77.

4. Процесни положај оптуженог пред другостепеним судом

Европска конвенција о људским правима и основним слободама, према пракси Суда не захтева од држава да успоставе апелационе и касационе судове, али у државама у којима ови судови постоје, гаранције члана 6 морају да се поштују, што подразумева и гаранцију делотворног права оптуженог на приступ суду.¹⁶⁵⁰ У овом смислу, важност се придаје видљивошћу правичне примене правде и повећаној осетљивости јавности на правично спровођење правде.¹⁶⁵¹

Присуство оптуженог ради одбране пред другостепеним судом нема увек нити нужно исти значај као и право оптуженог на присуство које се примењује у првостепеном поступку. Питање поштовања једнакости „оружја“ пре свега се поставља ако је пред жалбеним судом био присутан само јавни тужилац и изнео предлог за одлучивање суда, без обзира да ли је јавни тужилац изјавио жалбу на пресуду. Оптуженом је потребно да се обезбеди прилика да се чују и његови аргументи, а не само аргументи тужилаштва.

Начин примене члана 6 Конвенције, укључујући право на јавну расправу и право на лично присуство оптуженог и његово саслушање, у поступку пред апелационим судом зависи од посебних карактеристика тог поступка, а мора да се има у виду и целокупност поступка у правном поретку и улога апелационог суда у њему, обим надлежности апелационог суда (испитивање чињеница случаја и правних питања), начин на који се интереси одбране представљају и штите пред жалбеним судом, нарочито имајући у виду природу питања о којима се одлучује (да ли се цене правна питања или чињенична питања, да ли је реч о потпуној оцени „кривице или невиности оптуженог“) и њихов значај за подносиоца жалбе (нпр. значај за професионалну каријеру оптуженог).¹⁶⁵² Потребно је да се оцени да ли је за правично суђење и начело једнакости „оружја“ од суштинске важности да оптужени буде присутан пред жалбеним судом и да му се пружи прилика да се обрати том суду.

Поступци који обухватају само правна питања, насупротив чињеничним питањима, могу да буду у складу са захтевима чланом 6 Конвенције, иако оптуженом није дата могућност да га апелациони или касациони суд лично саслуша.¹⁶⁵³ Право оптуженог на присуство жалбеном поступку зависи од обима жалбе. У случају да се жалба изјављује због чињеница, процењује се потреба за присуством оптуженог тако што се цени: 1. важност чињеница за оптуженог; 2. да ли је суду потребно присуство оптуженог за одлучивање о чињеницама.

Ако се жалбом не истиче чињенично или правно питање које није могло адекватно да се реши на основу списка предмета(при чему се води рачуна о карактеру кривичног дела и постојању забране у конкретном случају да се измени казна на штету оптуженог), јавна

¹⁶⁵⁰ *Correira de Matos v. Portugal*, ECtHR, App. no. 56402/12, Grand Chamber, 4 April 2018, para 135; *Zhuk v. Ukraine*, ECtHR, App. no. 45783/05, 21 October 2010, final on 11/4/2011, para 28; *Atanasov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 17 February 2011, final on 17/5/2011, para 30

¹⁶⁵¹ *Atanasov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 17 February 2011, final on 17/5/2011, para 31; *Eftimov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 2 July 2015, final on 2/10/2015, para 39

¹⁶⁵² *Ekbatani v. Sweden*, ECtHR, App. no. 10563/83, 26 May 1988, para 27 – 28; *Fejde v. Sweden*, ECtHR, App. no. 12631/87, 29 October 1991, para 26, 27.; *Kremzow v. Austria*, ECtHR, App. no. 12350/86, 21 September 1993, para 59; *Botten v. Norway*, ECtHR, App. no. 16206/90, 19 February 1996, para 39; *Belziuk v. Poland*, ECtHR, 45/1997/829/1035, 25 March 1998, para 37

¹⁶⁵³ *Ekbatani v. Sweden*, ECtHR, App. no. 10563/83, 26 May 1988, para 31; *Fejde v. Sweden*, ECtHR, App. no. 12631/87, 29 October 1991, para 31; *Botten v. Norway*, ECtHR, App. no. 16206/90, 19 February 1996, para 39

расправа и лично присуство оптуженог на њој ради изношења аргумената је очигледно непотребно.¹⁶⁵⁴

Супротно, ако је апелациони суд морао у потпуности да цени „кривицу или невиност оптуженог“, те да у конкретном случају о овом није могао на одговарајући начин да одлучи у правичном суђењу без непосредне оцене доказа које је лично пред судом дао оптужени и подносилац пријаве против оптуженог, потребна је јавна расправа и непосредно саслушање оптуженог.¹⁶⁵⁵ Од пресудног је значаја да ли је оптужени могао адекватно да се брани како пред првостепеним судом тако и пред другостепеним судом, а нарочито у ситуацији када није могао да изјави жалбу на другостепену пресуду.¹⁶⁵⁶

Ако је жалба изјављена због правног питања потребно је да се има у виду ли је оптужени пред првостепеним судом информисан о оптужби у целини, те да ли је оптуженом у потпуности пружена прилика да се изјасни о правном аспекту случаја.

Ако постоји *неспоран значај питања* о коме се одлучује за оптуженог односно ако би исход оцене жалбеног суда могао да нанесе оптуженом велику штету – „*тежина питања за оптуженог*“ (нпр. што произлази из чињенице да је ослобађајућа пресуда преиначена у осуђујућу, када се доводи у питање слобода окривљеног, када се доводи у питање повећање казне оптуженом, могућност изрицања најтеже казне), *није важна процесна активност оптуженог* која се односи на коришћење могућности да буде присутан на жалбеном рочишту, тражење дозволе да присуствује на расправи пред жалбеним судом, те чињеница да ли је бранилац оспоравао да жалбени суд може да донесе одређену пресуду. Суд је дужан да самоиницијативно предузме позитивне мере у циљу обезбеђења присуства оптуженог, без обзира на то што оптужени није присуствовао расправи, није затражио дозволу да се обрати суду, нити је преко свог браниоца на рочишту пред жалбеним судом ставио примедбе на дозвољеност доношења пресуде овог суда.¹⁶⁵⁷

4.1. Обавештавање странака о седници већа пред другостепеним судом

У законодавствима држава континенталне Европе установљивање овлашћења јавном тужиоцу да даје мишљења и предлоге суду у поступку по правном леку, начелно је последица његове дужности поступања у јавном интересу у смислу старања да се у државама доносе правилне и законите пресуде, те дужности објективности. Према Законику о кривичном поступку, улога јавног тужиоца који поступа пред жалбеним судом долази до изражаја најпре у припремном поступку пред овим судом када је реч о кривичном делу за

¹⁶⁵⁴ *Fejde v. Sweden*, ECtHR, App. no. 12631/87, 29 October 1991, para 33; *Jan-Ake Andersson v. Sweden*, ECtHR, App. no. 11274/84, 29 October 1991, para 29

¹⁶⁵⁵ *Ekbatani v. Sweden*, ECtHR, App. no. 10563/83, 26 May 1988, para 32; *Botten v. Norway*, ECtHR, App. no. 16206/90, 19 February 1996, para 52

¹⁶⁵⁶ *Lala v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 14861/89, 22 September 1994, para 33

¹⁶⁵⁷ *Botten v. Norway*, ECtHR, App. no. 16206/90, 19 February 1996, para 53

У овом случају постојала је тврдња у жалби тужиоца против ослобађајуће пресуде да је оптужени имао дужност по одговарајућим правилима да користи мали рибарски чамац у акцији спасавања и да то није учинио, чиме је остварено кривично дело, што је наведено у пресуди жалбеног суда, а покренуло је озбиљно питање (да ли је у конкретном случају дошло до занемаривања или непажње оптуженог с обзиром на посебне услове који су се добијали на месту акције спасавања критичном приликом, те у погледу казне, питање личности и карактера оптуженог). Приликом одлучивања о казни није постојала претходна оцена првостепеног суда произашла из непосредног саслушања оптуженог. Вид.: пара 48 – 53

које се гони по захтеву јавног тужиоца.¹⁶⁵⁸ Судија известилац доставља му списе. Надлежни јавни тужилац је дужан да без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од достављања списка, најпре размотри списе, те стави свој предлог и врати га суду. У случају да је у нарочито сложеним предметима усвојен захтев странке или браниоца за продужење рока за жалбу пред првостепеним судом (још за 15 дана), рок је 30 дана од достављања списка. Предлог јавног тужиоца се односи на евентуално заказивање претреса пред другостепеним судом, на доношење неке од одлука које по закону може да донесе другостепени суд, а јавни тужилац може и да изјаву да ће предлог да стави на седници већа.¹⁶⁵⁹

О чињеничном стању другостепени суд на основу списка предмета одлучује у седници већа, или након расправе и непосредног испитивања чињеничног стања на претресу. У старијој правној теорији објашњавало се да на седници већа другостепени суд *испитује* само правилност чињеничног стања, док се на претресу, на основу расправе, може и *утврђивати* чињенично стање (утврђивати другчије чињенице које је већ утврдио нижи суд и утврдити чињенице које је овај пропустио да утврди).¹⁶⁶⁰ На седници већа важна је правилна оцена да ли ће се потврдити првостепена пресуда или лечити недостаци у првостепеном поступку (укидањем првостепене пресуде и враћањем предмета на поновно суђење или одлучивањем да је чињенично питање за претрес и спровођењем претреса). Последица укидања првостепене пресуде и одређивања претреса пред другостепеним судом је поновна расправа.

Битна су налажења ЕСЈП у погледу недостављања оптуженом изјашњења на жалбене наводе надлежног тужилаштва за поступање пред жалбеним судом, које је уследило након извршеног увида овог тужилаштва у списе предмета. Основа примедба је узимање у обзир и прихватање овог изјашњења од стране жалбеног суда при чињеници да са изјашњењем није била упозната одбрана, те да није била у могућности да се на њега изјасни. Ако су достављени поднесци неповољни за оптуженог, оптужени има јасан интерес да добије прилику да се о њима изјасни пре него што се изведе закључак, а нарочито у ситуацији када надлежност жалбеног суда обухвата и чињенична и правна питања.¹⁶⁶¹ Постојање повреде је замисливо чак и ако само по себи пропуштање није довело до предрасуде.¹⁶⁶² Ово питање доводи се у везу пре свега са присуством оптуженог пред жалбеним судом.

Када је само јавни тужилац присутан пред жалбеним судом и подноси предлог усмерен на одбијање жалбе и потврђивање пресуде, према оцени ЕСЈП, његова улога је улога гоњења у традиционалном смислу.¹⁶⁶³ Питање поштовања једнакости „оружја“ и права на контрадикторни поступак у вези је са правом оптуженог да учествује на рочишту пред жалбеним судом и да оспорава наводе јавног тужиоца. Предност тужилаштва којом се крши начело једнакости „оружја“ огледа се у томе да је било присутно на рочишту пред судом, за

¹⁶⁵⁸ У литератури се у оквиру поступка пред другостепеним судом издвајају два основна процесна стадијума: 1. поступак који се одликује одређеним активностима судије известиоца, што је нека врста припремног поступка пред другостепеним судом; 2. поступак пред жалбеним већем. М. Шкулић (2020 а), стр. 429.

¹⁶⁵⁹ О томе: Т. Васиљевић, стр. 520.

¹⁶⁶⁰ М. Грубиша (1963), стр. 229.

¹⁶⁶¹ *Zahirović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 58590/11, 25. travnja 2013, пар. 48

¹⁶⁶² *Zahirović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 58590/11, 25. travnja 2013, пар. 49.

¹⁶⁶³ *Belziuk v. Poland*, ECtHR, 45/1997/829/1035, 25 March 1998, para 39

разлику од друге странке, па да је усмено поднело мишљење судском већу, при чему предлози тужилаштва имају за циљ да утичу на мишљење суда.¹⁶⁶⁴

Председник већа о седници већа према Законику о кривичном поступку увек обавештава јавног тужиоца (члан 447 став 1).¹⁶⁶⁵ О седници већа обавестиће се оптужени или његов бранилац, оштећени као тужилац, приватни тужилац или његов пуномоћник: 1. ако су захтевали обавештење у року предвиђеном за жалбу или у одговору за жалбу; 2. ако су предложили одржавање претреса пред другостепеним судом (члан 447 став 2 ЗКП).¹⁶⁶⁶ Неретко се пред Врховним касационим судом захтевом за заштиту законитости, као повреда закона на штету окривљеног, истицала повреда одредаба кривичног поступка у вези са обавештавањем оптуженог и/или његовог браниоца о седници већа пред другостепеним судом и тиме ускраћивањем права на одбрану (права учешћа одбране на седници већа). Присутним странкама и браниоцу омогућено је да на седници већа прате излагање судије известиоца о стању предмета, да износе наводе жалбе и одговора на жалбу, да предлажу читање појединих делова списка ради допуне извештаја судије известиоца, да по дозволи председника већа изнесу усмена објашњења за ставове и наводе из жалбе односно одговора на жалбу, а веће им може затражити потребна усмена обавештења у вези са жалбом односно одговором на жалбу (члан 448 став 1 и 2 ЗКП).

Улога судије известиоца је припрема предмета за већање, која обухвата претходно проучавање списка, вршење селекције грађе ради указивања за кратко време трајања седнице осталим судијама на оно што је битно за испитивање пресуде у правцу који је одредио жалилац.¹⁶⁶⁷ Судија известилац израђује само извештај о стању ствари за седницу већа, а странке на седници већа имају право да предложе да се прочитају поједини делови списка ради допуне извештаја. Седница већа почиње извештајем судије известиоца о стању ствари у

¹⁶⁶⁴ *Zhuk v. Ukraine*, ECtHR, App. no. 45783/05, 21 October 2010, final on 11/4/2011, para 34

¹⁶⁶⁵ У поступку по захтеву за заштиту законитости у коме се мериторно одлучује о примени права, према члану 488 став 2 ЗКП, установљен је једнак услов за јавног тужиоца и браниоца да буду обавештени о седници већа („значај присуства за доношење одлуке“). О утврђивању једнаког услова за странке се није водило рачуна приликом регулисања одлучивања на седници већа, на којој се могу разматрати и чињенична питања.

¹⁶⁶⁶ Ако су предложили одржавање претреса пред другостепеним судом, оптужени или бранилац су се морали позвати на погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање (чињеничне грешке). О одржавању претреса пред другостепеним судом одлучује се на седници већа. У пракси се усваја захтев за заштиту законитости и укида другостепена пресуда због утврђивања повреда права на одбрану у случају када је бранилац осим што је изјавила жалбу због одлуке о кривичној санкцији предложила другостепеном суду да се пред њим закаже и одржи претрес у присуству окривљеног и браниоца да би се правилно и потпуно утврдило чињенично стање (тражећи да се понове раније изведени докази и да се по потреби изведу нови докази), а жалбени суд је након одржане седнице већа, без доказа да су окривљени и његов бранилац о њој обавештени и без њиховог присуства, делимично уважио жалбу преиначивши пресуду само у погледу одлуке о кривичној санкцији. У конкретном случају другостепени суд је „био у обавези да о датуму одржавања седнице већа, било да у истој одлучује о изјављеној жалби или одређује да ће се о жалби одлучити на основу одржаног претреса, обавестити окривљеног и браниоца“, те је „другостепени суд ускратио браниоцу да се у седници већа изјасни поводом излагања судије известиоца и предлаже допуне истог, те да даје друга обавештења у прилог изјављене жалбе, дакле повредио је право окривљеног на одбрану у жалбеном поступку“. Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 45/11 од 8.6.2011. године, непосредан увид.

У вези поменутог примера, можемо приметити да се, иако се исправно налази да из нормативне основе произлази да је постојала обавеза да се обавести и окривљени и бранилац о седници већа, закључује да се „браниоцу ускраћује право“ (што је било и истицано у захтеву за заштиту законитости, поднетом по иницијативи браниоца), а не и право окривљеног на лично присуство и одбрану пред жалбеним судом.

¹⁶⁶⁷ Вид.: М. Грубач (2008), стр. 461.

списима. У том извештају судија известилац не треба да износи сопствено мишљење о основаности жалбе и на било који начин прејудицира исход поступка.¹⁶⁶⁸ Извештај се односи искључиво на стање ствари у списима и не доставља се странкама.¹⁶⁶⁹

Истовремено је законом установљено да веће има могућност да обавести о седници странке и када то нису захтевале, ако оцени да би њихово присуство било *корисно за разјашњење стања ствари* (члан 447 став 3 ЗКП). Иако изостане процесна активност одбране (и без обзира на чињеницу да ли у конкретном случају оптужени има или нема браниоца), веће је дужно да поступајући у складу са позитивном обавезом својственом суду омогући оптуженом да оствари делотворну одбрану. Када је реч о оптуженом, не уређује се засебно присуство оптуженог седници већа мимо његовог захтева и захтева његовог браниоца, без обзира на присуство браниоца, што одудара од захтева који произлазе из судске праксе ЕСЉП, који независно од присуства браниоца цени присуство оптуженог. Ипак, из члана 447 став 3 ЗКП која се односи на *странке* и ситуацију када нема захтева странке, произлази да правило обухвата оптуженог. Ценећи потребу присуства оптуженог седници, веће треба да се руководи околностима издвојеним у судској пракси ЕСЉП.

Законско решење прихваћено у нашем законодавству да само јавни тужилац аутоматски буде обавештен о седници већа, насупрот права оптуженог да захтева обавештење о седници већа, ствара *законску неједнакост између странака у поступку*, која је додатно појачана чињеницом да се ова привилегија не односи на приватна лица као тужиоце (случај „*прејудициране статусне неједнакости*“).

За анализу нарочито су важни ставови ЕСЉП: 1. пропуштање оптуженог да захтева да се обавести о седници већа не би требало да буде на његову штету, с обзиром на законску неједнакост коју је закон створио тако што је *само јавном тужиоцу* обезбедио аутоматски право да расправља на седници апелационог суда, истовремено ограничавајући ово право оптуженог само на случај да он то захтева; 2. не пружа се разумно објашњење за ову процесну неједнакост која проистиче из закона; 3. очигледно је да је привилегија ограничена само на јавног тужиоца и да се не односи на било које друго приватно лице које делује као тужилац, а не види се разлог зашто се преференцијални третман нуди јавном тужиоцу као државном органу, који делује као странка у поступку и према томе је противник оптуженог.¹⁶⁷⁰ Присуство јавног тужиоца на нејавној седници макар је по спољним виђањима омогућило суду да појача своје мишљење без страха да ће томе да се супротстави оптужени.¹⁶⁷¹

За разлику од опредељења нашег законодавца, које потенцијално води повреди начела једнакости „оружја“, пример најпотпуније заштите начела је раније уређење поступања пред другостепеним судом у законодавству Црне Горе, према којем је председник већа након

¹⁶⁶⁸ С. Бркић (2016), стр. 180.

¹⁶⁶⁹ Европски суд за људска права утврдио је повреду у случају када је целокупан извештај судије известиоца и нацрт пресуде достављен јавном тужиоцу (не и одбрани), чија се улога у националном законодавству француске огледа у „саветовању судија“ у сваком појединачном случају и да може да утиче на њихову одлуку старајући се о правилној примени закона. Вид.: *Reinhardt and Slimane – Kaïd v. France*, ECtHR, 21/1997/805/1008 and 22/1997/806/1009, 31 March 1998, para 105

¹⁶⁷⁰ *Atanasov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 17 February 2011, final on 17/5/2011, para 32; *Eftimov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 2 July 2015, final on 2/10/2015, para 40

¹⁶⁷¹ *Atanasov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 17 February 2011, final on 17/5/2011, para 33; *Eftimov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 2 July 2015, final on 2/10/2015, para 41

заказивања седнице већа, о њој увек обавештавао и државног тужиоца и окривљеног и његовог браниоца,¹⁶⁷² као и поједина важећа решења у законодавству БиХ¹⁶⁷³ – обавезно обавештавање тужиоца, оптуженог и његовог браниоца. *Једнаки законски услови за странкеу* погледу обавештавања о седници већа су у важећем Законику о кривичном поступку Црне Горе (члан 393 став 1), важећем Закону о казненем поступку Хрватске (члан 475 став 2), важећем Закону о кривичном поступку Републике Српске (члан 318 став 1), као и Закону о кривичном поступку Словеније (члан 378 став 1). Другу опцију сматрамо најприхватљивијом, јер уједно нормативно задовољава захтеве начела једнакости „оружја“ и спречава непотребно одуговлачење кривичног поступка.

Правно – техничним решењем прихваћеним у нашем законодавству у првом је плану неједнак третман оптуженог према јавном тужиоцу (законски неједнак третман), али се супсидијерно пружа могућност да суд успостави равнотежу положаја странака. Формално доношење образложене одлуке већа о одржавању седнице без присуства оптуженог се не захтева, али је свакако уз гаранцију да о томе одлучује веће (не председник већа), додатна заштита против арбитражног поступања суда. Необразложена одлука суда о одржавању седнице без присуства оптуженог, којом се уједно указује и на третман суда према оптуженом, може да узрокује позивање оптуженог на повреду начела и да буде значајан показатељ повреде начела. Записник о седници већа треба да садржи податке о обавештавању оптуженог и његовог браниоца седници већа и њиховом присуству, као и одлуку већа о присуству оптуженог.

Прећутно одрицање оптуженог присуства пред жалбеним судом (недолазак уредно позваног оптуженог) не спречава одржавање седнице већа (члан 447 став 5 ЗКП). Странке се обавештавају о седници већа, а не позивају. Због тога се закључује да је њихово присуство на седници њихово *право*, а не и дужност, па ће се седница већа одржати иако о њој оптужени није обавештен, јер није поступио у складу са процесном дужношћу обавештавања о промени адресе.¹⁶⁷⁴ У Законику о кривичном поступку изостаје изричито прописивање последице необавештавања оптуженог због повреде његове процесне дужности да пријави промену пребивалишта или боравишта, за разлику од правила прихваћених у регионалном законодавству.¹⁶⁷⁵

Дискрециона оцена суда о обезбеђењу присуства оптуженог лишеног слободe установљена је чланом 447 став 4 ЗКП. Није прописано обавезно наређивање обезбеђења његовог присуства. Председник већа је дужан да нареди обезбеђење присуства оптуженог који је у притвору или на издржавању казне затвора која се састоји у лишењу слободe, у случају да се оптужени обавештава о седници већа, а има браниоца, само када веће нађе да је то *неопходно да би серазјаснило стање ствари*. Предвиђена је и могућност да оптужени учествује на седници већа путем *техничких средстава за пренос слике и звука*, када веће нађе: 1. да је обезбеђење његовог присуства отежано због безбедносних или других разлога; 2. када је то могуће с обзиром на техничке могућности.¹⁶⁷⁶ Законским решењемсуштински се

¹⁶⁷² М. Škulić (2012 а), стр. 470.

¹⁶⁷³ члан 304 став 1 ЗКП БиХ, члан 319 став 1 ЗКП ФБиХ, члан 304 став 1 ЗКП БД БиХ

¹⁶⁷⁴ О томе: D. Radulović, стр. 336.

¹⁶⁷⁵ члан 393 став 4 ЗКП Црне Горе, члан 475 став 4 ЗКП Хрватске

¹⁶⁷⁶ У литератури се указује да у случају непостојања техничких услова, у светлу постојања безбедносног ризика, када оптужени нема браниоца (до чега може да дође само ако се оптужени налази се на издржавању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободe), не би требало искључити могућност постављења браниоца по служебној дужности. Вид.: Горан П. Илић *et al.* (2018), стр. 1096.

успостављања равнотежа између права на правично суђење и посебних права окривљеног, настојања трагања за истином и потребом ефикасног поступка. “Корисност за разјашњење ствари“ испред је страначке воље, што указује пре свега на значај правилно и у потпуности утврђеног чињеничног стања.

Европски суд за људска праваразматрао је и питање дужности суда да обезбеди присуство оптуженог у притвору на седници већа пред другостепеним судом у случају када закон прописујемогућност(дискреционо право) обезбеђења присуства оптуженог од стране судаправног лека само ако цени да је то сврсисходно. Судска оцена сврсисходности присуства оптуженог који је у притвору не сме да штети оптуженом. Суд треба да цени обим надлежности суда, природу питања које се испитује, значај питања за конкретан случај, те његову важност за оптуженог, на основу којих околности треба да изведе закључак да ли оптуженом треба да се пружи прилика да се „сам лично брани“.¹⁶⁷⁷

4.2. Претрес пред другостепеним судом

За разлику од поступка пред другостепеним судом у случају одржавања седнице већа, оптужени има право да присуствујепретресу пред другостепеним судом, те се позива на претрес с обзиром на то да се: 1. жалбом обухватају чињенична питања (жалбени основ погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање);2. на претресу изводе нови докази или понављају докази који су претходно изведени пред првостепеним судом или их је првостепени суд одбио. Претрес се одржава по одлуци већа другостепеног суда, ако се нађе да постоје оправдани разлози да се предмет не врати првостепеном суду да поново спроведе главни претрес (члан 449 став 1 ЗКП). Осим тога, према правилу из члана 455 став 2 ЗКП, другостепени суд је дужан да пресуди ако је у истом предмету првостепена пресуда раније једанпут укинута. Закључује се да ако би разлог преиначења првостепене пресуде било погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, то би се у таквом случају морао држати претрес пред другостепеним судом.¹⁶⁷⁸

На претресу странке расправљају,а суд одлучује о основаности жалбе, односно у границама жалбених навода, док суд по службеној дужности испитује одлуку о кривичној санкцији. Суд је изузетно овлашћен да одреди да се допунски докази изведу према члану15 став 4 ЗКП, крећући се у оквиру дела и правца побијања, навода (чињеница и доказа) у жалби односно одговора на жалбуи поступајући у вези са њима. Поштовање начела једнакости „оружја“ и правичности у целини захтева да суд предузима позитивне мере урavnотежења положаја оптуженог, у случају да оптужени не износи релевантне доказе, нарочито ако нема браниоца. Ова улога другостепеног суда неопходна је с обзиром на то да другостепени суд „лечи“ недостатке у првостепеном поступку. Правна теорија указује и да се кривични поступак води у јавном интересу, без обзира на његов концепт, а тај јавни интерес

Имајући у виду основе за обавезну одбрану и околност да се лице лишено слободе налази у посебно рањивом положају, те постојеће услове у кривичном поступку када веће оцени да је присуство оптуженог неопходно, бранилац по службеној дужности треба да се постави налазећи да оптужени није способан да се успешно брани према одредби члан 74 став 1 тачка 1 ЗКП.

¹⁶⁷⁷ *Zahirović protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 58590/11, 25. travnja 2013, пар. 54 – 68.

¹⁶⁷⁸ С. Бркић (2016), стр. 182.

би био угрожен када би окривљени били кажњавани или строжије кажњавани услед немогућности да адекватно изнесу одбрану.¹⁶⁷⁹

Пошто се изнова расправља,сликовито се објашњава да „странкама морају стајати у пуном опсегу на располагању сва средства за напад и одбрану као и у првостепеном поступку, оне морају имати све гаранције које тамо имају, а нарочито морају у пуном опсегу и на тој расправи доћи до изражаја начела непосредности, контрадикторности, усмености и јавности, као и на главној расправи“.¹⁶⁸⁰ Једнак процесни положај странака произлази из правила: о позивању странака и браниоца (члан 449 став 2 ЗКП), о предузимању потребних мера да се доведе на претрес оптужени који је у притвору и на издржавању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе (члан 449 став 4 ЗКП), могућности да обе странке и бранилац предложи да се прочита пресуда или њен део, на који се односи жалба (члан 450 став 2 ЗКП), једнаком позивању,под истим условима, жалиоца да образложи жалбу и противне странке да му одговори (члан 450 став 3 ЗКП), једнаком праву странака на изношење чињеница и предлагање доказа наведених у жалби или у вези са тим доказима (члан 450 став 4 ЗКП).Изричите законске мере уравнотежења положаја оптуженог су у виду упозорења оптуженом у позиву за претрес у којем случају ће се одржати претрес у његовом одсуству (члан 449 став 3 ЗКП), постављења браниоца по службеној дужности оптуженом без браниоца ако оптужени није присутан на претресу, а уредно је позван и свој изостанак није оправдао (члан 449 став 3 ЗКП),¹⁶⁸¹ те примене техничких средстава за пренос звука и слике ради учествовања оптуженог претресу (члан 449 став 4 ЗКП).

Судија известилац који је уједно председник већа неутралан је у односу према странкама, што је засебно законски уређено (недавање мишљења о основаности жалбе – члан 450 став 1 ЗКП) и представља једну од гаранција начела једнакости „оружја“. Приликом извештавања излагањем стања ствари не даје своје мишљење о основаности жалбе, већ се „стриктно ограничава на објективно презентовање случаја, без уношења у извештај сопствене оцене у односу на (не)основаност жалбених навода, као и тврдњи из одговора на жалбу, односно уопште у односу на правна и чињенична питања предмета жалбеног поступка“.¹⁶⁸²

Заштита оптуженог у другостепеном поступку, осим установљењаправне привилегије за оптуженог забране *reformatio in peius*, која сеозначава као мера уравнотежења положаја странака¹⁶⁸³, произлази из могућности заовлашћеног тужиоца да измени оптужни акт *само у корист оптуженог* како резултат претреса указује на другачије чињенично стање од описа у

¹⁶⁷⁹ В. Бајовић (2015), стр. 154.

¹⁶⁸⁰ М. Грубиша, стр. 143.

¹⁶⁸¹ Када је реч о присуству оптуженог на претресу пред другостепеним судом, ЕСЉП јасно износи став да чињеница да се окривљени упркос уредном позиву не појављује не може, чак и када не правда изостанак, оправдати његово лишавање права из члана 6 став 3 Конвенције да га брани бранилац, чије остваривање мора да буде практично и делотворно тако што се обезбеђује браниоцу прилика да пружи одбрану оптуженом у одсуству. Вид.: *Lala v. The Netherlands*, ECtHR, App. no. 14861/89, 22 September 1994, para 33

Постављеном браниоцу по службеној дужности мора да се пружи довољно времена и могућности да припреми одбрану ради делотворне обавезне одбране на претресу пред другостепеним судом.

¹⁶⁸² М. Шкулић (2020 а), стр. 433.

¹⁶⁸³ У правној теорији се забрана преиначења пресуде на штету окривљеног сврстава у једну од „манифестација воље законодавца, да уравнотежи процесну позицију лица, на које је оптужба усмерена, и тужиоца, који захтева судско одлучивање о основаности кривице тог лица“. Вид.: С. Кнежевић (2015), стр. 93.

оптужници (члан 450 став 5 ЗКП), што се тумачи у „*најширем смислу*“¹⁶⁸⁴. На овај начин у првом плану није само постојање расправе између странака о чињеницама, већ и штетан ефекат за оптуженог измене конститутивних обележја кривичних дела, њиховог описа и правне квалификације.¹⁶⁸⁵

5. Жалба на другостепену пресуду

Жалба на другостепену пресуду једна је од гаранција права на одбрану у кривичном поступку. Правна наука констатује да нема правног извора који као минимални стандард предвиђа суђење у трећем степену, па ни у неком одређеном броју случајева, те да када би жалба на пресуду другостепеног суда била укинута и вишестепеност се ограничила на двостепено судско одлучивање, не би било повређено право на правни лек.¹⁶⁸⁶

Протокол 7 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, у члану 2 став 2, дозвољава да право на жалбу трпи изузетке када је реч о лицу осуђеном након изјављене жалбе против ослобађајуће пресуде. Наш законодавац допушта жалбу на другостепену пресуду у овом случају, чиме се превазилазе минимални стандарди Конвенције. Обавезна одбрана и одбрана сиромашног окривљеног важе и у поступку по жалби против другостепене пресуде, с обзиром на то да је дозвољена жалба против пресуде другостепеног суда редован правни лек, те да у овом случају другостепена пресуда не стиче одмах својство правноснажности.

Иако се не негира изузетан карактер жалбе на другостепену пресуду, у теорији поставља се питање да ли је оправдано сузити круг ситуација у којима је дозвољено изјављивање жалбе на другостепену пресуду у односу на раније законодавство, те да ли је потребно увести нове додатне разлоге за изјављивање жалбери јачања гаранција права на одбрану окривљеног и појачане контроле правилности донетих пресуда.

Током историјског развоја кривичнопроцесног законодавства издвајала су се три разлога за изјављивање жалбе на другостепену пресуду¹⁶⁸⁷: 1. изрицање *тешке казне* – смртна казна или казна затвора од двадесет година (четрдесет година – ЗКП/2001) изречена од стране другостепеног суда или другостепени суд потврдио пресуду првостепеног суда којом

¹⁶⁸⁴ Према ставу у судској пракси обавезно је тумачење термина "у корист оптуженог" у најширем смислу, тако да „свака измена оптужног акта на начин који није од користи за окривљеног није дозвољена“. Вид.: Усаглашени ставови представника кривичних одељења апелационих судова, у присуству представника кривичног одељења Врховног касационог суда, на заједничким седницама одржаним у току 2015. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/16, Intermex, Београд, стр. 310.

¹⁶⁸⁵ У ранијој судској пракси Врховног касационог суда, у поступку поступања по захтеву за заштиту законитости, проналазимо утврђивање повреда правила о дозвољеном преиначењу првостепене пресуде и одлучивању суда након одржаног претреса пред другостепеним судом на штету окривљеног (што је истицано захтевом за заштиту законитости), јер је другостепени суд изменио и правну квалификацију и при томе и чињенични опис изреке првостепене пресуде и другачије утврдио одлучну чињеницу у вези намере држања опојне дроге од које зависи правна квалификација дела што је учињено на штету окривљеног (из пресуде Врховног касационог суда Кзз 179/10 од 27.10.2010. године, непосредан увид).

¹⁶⁸⁶ В. Ђурђић (2014), стр. 84.

¹⁶⁸⁷ Жалба против другостепене пресуде установљена је изменом Законика о кривичном поступку од 1953. године (новела од 1959. године), задржана у члану 391 став 1 тач. 1 – 3 Закона о кривичном поступку од 1976. године (ступео на снагу 1977. године), као и у члану 395 став 1 тач. 1 – 3ЗКП од 2001. године. Изменама и допунама ЗКП од 2009. године, прва два разлога су избрисана.

је изречена таква казна¹⁶⁸⁸; 2. *друкчије чињенично стање* – другостепени суд на основу и након одржаног претреса *утврђује чињенично стање друкчије него првостепени суд* и на тако утврђеном чињеничном стању заснива своју пресуду¹⁶⁸⁹; 3. погоршање положаја оптуженог *променом врсте пресуде* – другостепени суд преиначава пресуду првостепеног суда којом је оптужени ослобођен од оптужбе и *изриче пресуду којом се оптужени оглашава кривим*. Законодавство Црне Горе задржава сва три разлога за изјављивање жалбе на другостепену пресуду (члан 413 став 1 тач. 1 – 3 ЗКП Црне Горе). Законик о кривичном поступку од 2006. године осим „капиталне казне“ (изрицање казне од тридесет година затвора или теже казне, односно потврђивање првостепене пресуде којом је изречена таква казна), утврђивања друкчијег чињеничног стања на претресу одржаном од стране другостепеног суда и промене врсте пресуде прописивао је четврти разлог, у складу са тада важећим законским решењем (члан 412 став 5 ЗКП/2006) – пресуђење од странедругостепеног суда након два укидања првостепене пресуде.¹⁶⁹⁰

Важећи Законик о кривичном поступку дозвољава жалбу против другостепене пресуде којом је преиначена првостепена пресуда којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изречена пресуда којом се оптужени оглашава кривим (члан 463 ЗКП).¹⁶⁹¹ *Ratio legis* је заштита окривљеног, који није могао да се жали против првостепене пресуде због непостојања конкретног правног интереса.¹⁶⁹² Промена врсте пресуде екстензивније се тумачи у судској пракси обухватајући другостепену пресуду којом је преиначена одбијајућа пресуда и изречена осуђујућа пресуда.¹⁶⁹³

Правна теорија указује да сужавање разлога може да буде у пракси „прилично неправично и суштински нелогично“ за оптуженог, јер се искључује могућност изјављивања

¹⁶⁸⁸ Разлог тешке казне (најстроже казне) задржан је у законодавству Црне Горе (члан 413 став 1 тачка 1 ЗКП ЦГ – „*најдужа казна затвора*“), Хрватске (члан 490 став 1 тачка 1 – „*дуготрајни затвор*“), Македоније (члан 439 став 1 тачка 1 – „*доживотен затвор*“), Словеније (члан 398 став 1 тачка 1 – „*kazendosmrtnega zapora ali zapora 30 let*“).

Указује се на више оправдања и функција овог разлога: 1. најтежа казна, казна која најтеже погађа окривљеног; 2. додатна гаранција правилности и законитости изрицања такве казне; 3. омогућава поштовање уједначености праксе приликом изрицања ове најтеже кривичне санкције; 4. питање предвиђености других правних погодности као коректива ове „апсолутно одређене казне“ (Г. Калацијев *et al.*, стр. 894 – 896.)

¹⁶⁸⁹ Право на жалбу давала је само она измена чињеничног стања на претресу пред другостепеним судом која је доводила до измене квалификације и казне. О томе: Т. Васиљевић, стр. 230.

¹⁶⁹⁰ О томе: М. Шкулић (2007 а), стр. 1234 – 1238.

¹⁶⁹¹ Овај разлог за изјављивање жалбе против другостепене пресуде у ранијем законодавству објашњавао се околношћу да је другостепена одлука донета у седници већа у поступку који у суштини није контрадикторан и што је дошло до потпуно супротних пресуда првостепеног и другостепеног суда на штету окривљеног. Вид. Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 528.

Вероватно се искључиво имало у виду постојање другог разлога за изјављивање жалбе на другостепену пресуду – утврђивање друкчијег чињеничног стања на претресу пред другостепеним судом. Када је осуђујућа пресуда донета након одржаног претреса пред другостепеним судом, који је за резултат имао *друкчије чињенично стање*, жалилац се могао позвати на други разлог за изјављивање жалбе.

Исправно се примећује у литератури да „другостепена осуђујућа пресуда може да буде донета и након одржаног претреса пред другостепеним судом, што ће, имајући на уму одредбу члана 455 став 2 ЗКП бити релативно чест случај“. Г. П. Илић *et al.*, стр. 1132.

¹⁶⁹² С. Бркић (2016), стр. 187.

¹⁶⁹³ Усаглашени став на заједничкој седници представника кривичних одељења апелационих судова, у присуству представника Кривичног одељења Врховног касационог суда, 30. септембар 2016. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/17, Intermex, Београд, стр. 267–268.

жалбе на другостепену пресуду ако је у првостепеном поступку изречена мера упозорења тј. судска опомена или условна осуда, а затим та судска одлука од стране другостепеног суда преиначена у осуђујућу пресуду којом је изречена безусловна казна затвора.¹⁶⁹⁴ Питање преиначења кривичне санкције на штету оптуженог сврстава се према пракси ЕСЈП у важна питања за оптуженог односно несумњив интерес за оптуженог („тежина питања за оптуженог“), с обзиром на практичне последице, те се узима у разматрање када се цени неопходност присуства оптуженог пред другостепеним судом ради пружања активне одбране. Преиначење у овом правцу на седници већа без присуства оптуженог, на основу списка предмета, онемогућава суд да непосредно цени олакшавајуће и отежавајуће околности на страни оптуженог, што у одсуству права на изјављивање жалбе на пресуду којом му је изречена безусловна казна затвора, положај окривљеног чини неповољнији у односу на положај тужиоца.¹⁶⁹⁵

Након искључивања разлога утврђивање друкчијег чињеничног стања на претресу одржаном пред другостепеним судом, у литератури се постављало питање да ли је искључење жалбе у овом случају у складу са уставним правом на правно средство (члан 36 став 2 У РС).¹⁶⁹⁶ Правна теорија опомиње да ако је пресуда другостепеног суда донета на претресу након што је првостепена пресуда једанпут већ била укинута, реч је често о новом утврђеном чињеничном стању, које сада остаје неподложно преиспитивању путем редовних правних лекова.¹⁶⁹⁷ Утврђено чињенично стање пред другостепеним судом не може да се побија ванредним правним леком захтевом за заштиту законитости. Законодавац пружа заштиту интересу оптуженог дозвољавајући жалбу само ако је на претресу пред другостепеним судом преиначена првостепена ослобађајућа пресуда у осуђујућу пресуду и дозвољавајући само у корист оптуженог измену чињеничног описа у оптужном акту од стране овлашћеног тужиоца што се екстензивно тумачи. Ипак, постоји интерес оптуженог у конкретном случају да тражи да се преиспита другачије утврђено чињенично стање (делимично промењено чињенично стање) након извођења доказа на претресу пред другостепеним судом који је резултовао изрицањем другачије кривичне санкције или теже казне од оне која је изречена након главног претреса пред првостепеним судом, на коју се одбрана није жалила.

¹⁶⁹⁴ Вид.: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 23.

¹⁶⁹⁵ У ранијем законодавству препознавао се и посебно штитио интерес окривљеног да у случају преиначења кривичне санкције на његову штету од стране другостепеног суда *ако постоји повреда закона* уложи ванредни правни лек, јер по правилу није могао да изјави редовни правни лек на другостепену пресуду. Окривљени је могао да користи ванредни правни лек захтев за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде/захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде *због повреде закона* иако није користио редовни правни лек ако му је пресудом другостепеног суда уместо ослобођења од казне, судске опомене, условне осуде или новчане казне изречена казна затвора односно уместо васпитне мере казна малолетничког затвора (члан 425 став 3 Закона о кривичном поступку од 1976. године, члан 428 став 3 ЗКП/2001. године).

¹⁶⁹⁶ Т. Васиљевић, М. Грубач (2011), стр. 894.

¹⁶⁹⁷ С. Бркић (2016), стр. 187.

Шкулић указује да постојеће решење није логично, јер се тада практично ради о сасвим новој пресуди (потпуно другачије утврђено чињенично стање) или марак битно новој одлуци (делимична промена чињеничног стања извођењем доказа од стране другостепеног суда). Вид.: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 23.

Радуловић наводи да је сасвим оправдано да се чињенично стање утврђено од стране првостепеног суда и чињенично стање утврђено од стране инстанционог суда, другачије од првог, изједначе и по питању могућности нападања жалбом. Вид.: D. Radulović, стр. 344.

Не установљава се забрана одржавања претреса пред судом трећег степена, као према претходном законском решењу. Апелациони суд, као стварно надлежан суд, решава о жалби сходно одредбама које се примењују за поступак пред другостепеним судом (члан 464 став 1 ЗКП). У поступку се примењује проширена привилегија *beneficium cohaesionis*. Привилегија здруживања из члана 454 ЗКП, важи и за саоптуженог који није имао право на жалбу против другостепене пресуде (члан 464 став 2 ЗКП).

6. Ванредни правни лекови

Законик установљава и уређује два ванредна правна лека, захтев за понављање кривичног поступка и захтев за заштиту законитости. Законске гаранције не допуштају случајеве кршења права на правично суђење самовољним обнављањем кривичног поступка на штету окривљеног по одлуци суда. Дозвољено је понављање кривичног поступка у корист окривљеног. Сагласно изузетном карактеру ванредних правних лекова, ограничавају се ситуације које могу да доведу до понављања правноснажно окончаног кривичног поступка у корист окривљеног и изричито се препушта надлежност суду да цени да ли је неопходно понављање поступка (одбацивање захтева за понављање кривичног поступка због оцене да чињенице и докази нису очигледно подобни да се на основу њих дозволи понављање поступка према члану 475 став 1 тачка 5 ЗКП).

Сагледавање поступака по ванредним правним лековима, пре свега захтева за заштиту законитости, са аспекта начела једнакости „оружја“ аргументујемо доктринарним истицањем изражене страначке диспозиције и давања одређених погодности окривљеном¹⁶⁹⁸, али и додатним ограничавањем и условљавањем остваривања права окривљеног на приступ суду законским нормама и ставовима судске праксе, којима се доводи у питање делотворно остваривање овог начела. У правној теорији упозорава се да је *ratio legis* увођења овлашћења субјеката одбране да изјаве захтев за заштиту законитости управо правило о једнакости „оружја“ странака, што ипак није сасвим консеквентно спроведено с обзиром на постављена ограничења за одбрану.¹⁶⁹⁹

Поступци по ванредним правним лековима имају практични значај за окривљеног који се огледа у последицама уважавања (усвајања) ванредних правних лекова – поновни поступак и расправљање (захтев за понављање кривичног поступка, захтев за заштиту законитости у корист окривљеног) или измена правноснажне одлуке (захтев за заштиту законитости у корист окривљеног), због чега је видљива примена начела и након правноснажног окончања поступка. Контролну улогу Врховног касационог суда и исправљање недостатака по питању примене права у корист окривљеног омогућава надлежност разматрања списа нижестепених судова, који им се након одлучивања достављају (члан 488 став 4 ЗКП) и овлашћење судије известиоца да прибави обавештења о разлозима за подношење захтева (члан 488 став 1 ЗКП).

Гаранције заштите окривљеног основне сукарактеристике поступака по ванредним правним лековима. Важе правила правила *in favor defensionis* – гаранција начела *ne bis in idem* (немогућност измене правноснажне судске одлуке на штету окривљеног из члана 4 став

¹⁶⁹⁸ Г.П. Илић, „О захтеву за заштиту законитости“, *Казнена реакција у Србији – II део – Тематска монографија* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, стр. 168.

¹⁶⁹⁹ М. Шкулић (2020 а), стр. 445.

2 ЗКП)¹⁷⁰⁰ и забрана *reformatio in peius* (члан 478 став 4 у вези члана 453 ЗКП, члан 481 став 3 ЗКП у вези члана 453 ЗКП, члан 489 став 3 ЗКП). У поступку по захтеву за заштиту законитости примењује се привилегија здруживања (члан 489 став 2 ЗКП).

Одлучивање о захтеву за понављање кривичног поступка може да доведе до уважавања захтева, дозвољавања понављања кривичног поступка и одређивања *новог главног претреса* (члан 477 став 2 ЗКП). У новом поступку суд је надлежан да донесе пресуду којом изриче да ће се ранија пресуда делимично или у целини ставити ван снаге или да пресуду остави на снази (члан 478 став 3 тачка 1 ЗКП). Оптужница и решење о потврђивању оптужнице достављају се у поновљеном кривичном поступку окривљеном који је осуђен у одсуству ако му нису достављени (члан 481 став 1 ЗКП).

Дозвољено је да одбрана изјави захтев за заштиту законитости и због повреда *правила о обавезној одбрани* и појединих таксативно набројаних битних повреда одредаба кривичног поступка у члану 485 став 4 ЗКП (укључујући *учеиће на главном претресу судије или судије – поротника који је морао да се изузме, прекорачење оптужбе*, повреду забране *reformatio in peius*, заснивање пресуде на *незаконитом доказу*).¹⁷⁰¹ Прописано је начелно изјављивање захтева за заштиту законитости и против правноснажних одлука јавног тужиоца или повреде одредаба поступка који је претходио доношењу његове одлуке (члан 482 став 1 ЗКП). Формално проширивање изјављивања захтева за заштиту законитости против одлука и поступака који претходе судским фазама поступка, оправдано је ради заштите права окривљеног заснованих на закону у „посебно осетљивим фазама поступка“, у којима је јавни тужилац *dominus litis*, али се тумачењима заузетим у судској пракси доводи у питање остваривање ове сврхе.

Проширени су разлози за изјављивање захтева за заштиту законитости посебним разлозима – утврђивање неуставности закона одлуком Уставног суда у поступку оцене уставности закона и *повреда/ускраћивање људског права и слободе окривљеног* зајемченог Уставом или ЕКЉП и додатним протоколима утврђена одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права (члан 485 став 1 тач. 2 и 3 ЗКП). Повреда права на правично суђење може да се установи и у случају да „није било незаконитог поступања“.¹⁷⁰²

Одлучивање Врховног касационог суда има практичне последице, јер може да доведе до потпуно *новог главног претреса, по ранијој оптужници или њеном делу* (ново одлучивање о оптужби у случају укидања одлуке у корист окривљеног), на коме се износе нове чињенице и нови докази (члан 494 став 3 ЗКП).¹⁷⁰³ Захтеви непристрасности суда обезбеђују се

¹⁷⁰⁰ Начело *ne bis in idem* апсолутно важи када се ради о правноснажној судској одлуци која је повољна за окривљеног. Вид.: *Ibid.*, стр. 432.

Ђурђић наводи да је неопходно број ванредних правних лекова свести на разумну меру и рестриктивно прописати законске услове за њихово изјављивање управо да се прекомерно не би довела у питање правна сигурност којој служи ово начело. Вид. В. Ђурђић (2014), стр. 101.

¹⁷⁰¹ Правило из члана 485 став 4 ЗКП обухвата и повреде кривичног закона (члан 439 тач. 1 – 3 ЗКП) и повреде закона приликом одлучивања о досуђеном имовинскоправном захтеву и о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, те приликом одлучивања о трошковима кривичног поступка (члан 441 став 3 и 4 ЗКП). За окривљеног предвиђена су два услова позивања на побројане повреде закона: 1. рок за истицање повреде – 30 дана од дана када је окривљеном достављена правноснажна одлука; 2. коришћење редовног правног лека против одлуке.

¹⁷⁰² Т. Д. Бугарски, „Захтев за заштиту законитости“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2016, стр. 99

¹⁷⁰³ Врховни касациони суд је према члану 492 став 1 тачка 1 ЗКП надлежан да донесе пресуду којом ће укинути у целини или делимично спорну одлуку (првостепену одлуку и одлуку која је донета у поступку

наредбом да се нови поступак спроведе пред потпуно измењеним већем (члан 492 став 1 тачка 2 ЗКП).

Јавни тужилац и бранилац обавештавају се о седници већа под једнаким условом – значај њиховог присуства за доношење одлуке (члан 488 став 2 ЗКП).¹⁷⁰⁴ Врховни касациони суд надлежан је и да *измени првостепену пресуду и пресуду по жалби* (преиначење пресуде у корист окривљеног).¹⁷⁰⁵

6.1. Примена права на правично суђење на ванредне правне лекове

Право на правично суђење у извесној мери примењује се на поступак по ванредним правним лековима. Важна су начела изведена из праксе ЕСЉП: 1. члан 6 Конвенције се на уобичајени начин *примењује на поступак „поновног разматрања“* ако ванредни правни лек аутоматски или у одређеним околностима доведе до потпуног преиспитивања случаја; 2. означање у закону одређеног поступка као „ванредног“ или „изузетног“ није пресудно за питање примењивости члана 6 Конвенције, већ је битно да ли је поступак по природи и обиму сличан уобичајеном жалбеном поступку; 3. природа, обим и посебне карактеристике релевантног ванредног поступка у конкретном правном систему могу бити такви да га доведу у оквир члана 6 став 1 Конвенције.¹⁷⁰⁶ Поступци надзора који обухватају потпуну ревизију случаја и доводе до измене првостепене пресуде и пресуде по жалби, односе се на одлучивање о оптужби и обухваћени су чланом 6 став 1 Конвенције.¹⁷⁰⁷

по редовном правном леку или само одлуку у поступку по редовном правном леку) и да предмет врати на поновну одлуку органа поступка или на *суђење* (првостепеном или апелационом суду). На новом главном претресу расправиће се питања на која је указао Врховни касациони суд, а странке могу да истичу нове чињенице и да подносе нове доказе (члан 494 ст. 1, 2 и 3 ЗКП). Ако није било дозвољено изјављивање жалбе на првостепену пресуду, укидање се односи само на првостепену пресуду.

Правдање нових законских решења у поступку елементима страначког поступка противно је овој одредби. Правна наука запажа да је ова законска могућност (*beneficium novorum*) у суштини „једна врста одступања од „новог“ законског општег правила да суд формално нема дужност потпуног и тачног утврђивања чињеничног стања“ (М. Шкулић, „Захтев за заштиту законитости – законско решење и неки практични проблеми“, *Тужилачка реч - гласило Удружења тужилаца Србије*, број 30, 2016, стр. 17).

¹⁷⁰⁴ Према решењима у ранијем законодавству само је врховни државни тужилац учествовао на „претресу“ о захтеву за заштиту законитости (Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године). Нису се обавештавали о „претресу“/седници већа окривљени и бранилац (Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године, Законик о кривичном поступку од 1953. године), те нису могли пред судом да износе наводе у корист окривљеног, односно увек се обавештавао о седници већа јавни тужилац (Закон о кривичном поступку од 1977. године). Окривљени и бранилац обавештавали су се о седници већа ако је захтев за заштиту законитости подигнут на штету окривљеног, уз обезбеђење присуства осуђеног (Законик о кривичном поступку од 2001. године).

Доктрина налази да ново законско решење одражава начело једнакости „оружја“. Вид. Г.П. Илић (2012 б), стр. 157.

¹⁷⁰⁵ Врховни касациони суд је према члану 492 став 1 тачка 2 ЗКП надлежан да преиначи одлуку, у целини или делимично. Преиначење може да се односи и на првостепену одлуку и одлуку у поступку по редовном правном леку или само одлуку у поступку по редовном правном леку. Ако није било дозвољено изјављивање жалбе на првостепену пресуду, преиначење се односи само на првостепену пресуду. Подразумева ослобођење од оптужбе, одбијање оптужбе или примену блажег закона, а може да се односи и на кривичну санкцију ако је њеним изрицањем повређен закон (поступање *in favorem defensionis*).

¹⁷⁰⁶ *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), ECtHR, App. no. 19867/12, Grand Chamber, 11 July 2017, para 60

¹⁷⁰⁷ *Vanyan v. Russia*, ECtHR, App. no. 53203/99, 15 December 2005, final on 15/3/2006, para 57 – 58

Општи принципи, констатације Суда и налази у вези са националним законодавством произлазе из разматрања случаја *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2).¹⁷⁰⁸ Одржавање на снази осуде којом се крши право на правично суђење након поступка преиспитивања вишег суда представља *грешику у оцени која увећава ову повреду*. С обзиром на *утицај који поступак за испитивање правног лека поднет због питања права може да има на одлучивање о кривичној оптужби*, укључујући могућност исправљања грешака у праву, такав поступак је покривен гаранцијама члана 6 Конвенције, чак и тамо где се у домаћем законодавству третира као ванредни лек и односи на пресуду против које није дозвољена обична жалба. Задатак Врховног суда је да разматра вођење и исход окончаног домаћег поступка у вези са налазима Суда или другог међународног органа и, по потреби, наложи поновно испитивање предмета у циљу обезбеђења новог одлучивања о оптужби. Ако ће испитивање на основу законодавног оквира вероватно да буде пресудно за одлучивање о оптужби, у том погледу има неке карактеристике заједничке са жалбом по питању права. Примена члана 6 Конвенције у вези је са утврђивањем повреде основног људског права и слободе окривљеног или другог учесника у поступку. Суд полази од ставова из судске праксе да се поступак по правном леку који је означен као ванредни испитује у оквиру члана 6 Конвенције ако резултује одбијањем да се понови кривични поступак, јер се поступак који је правноснажно окончан понавља у корист окривљеног ако Суд утврди повреду права која је у вези са правичним суђењем.¹⁷⁰⁹

Заузимани су ставови у погледу дозвољених ограничења права на приступ суду. Европски суд за људска права је у случају *Ђокић против Србије*¹⁷¹⁰, разматрао примену члана 6 став 1 Конвенције у поступку пред Врховним судом по захтеву за испитивање законитости правноснажне пресуде, раније важећем ванредном правном леку окривљеног и његовог браниоца који се подносио због одређених повреда закона.¹⁷¹¹ Захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде укинут је као правно средство законским новелама од 2009. године.

Суд је у оквиру примене члана 6 став 1 Конвенције ценио поштовање права на приступ суду, без посебног разматрања притужбе у вези права на непристрасан суд и права на правично суђење у целости (свеукупна правичност). Позвао се на ставове из праксе да право на приступ суду подлеже ограничењима, да се ограничења подразумевају посебно када је реч о условима за допуштеност правног лека, али да њима не сме да се угрози суштина права, што захтева да ограничења буду у складу са *законом*, да теже *легитимном циљу* и да постоји *разуман однос сразмерности између употребљених средстава и циља којем се тежи* успостављањем ограничења.¹⁷¹² Констатовано је да се притужба подносиоца представке односила на *одлучивање о кривичној оптужби*, налазећи да је у конкретном

¹⁷⁰⁸ *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), ECtHR, App. no. 19867/12, Grand Chamber, 11 July 2017, para 63 – 69

¹⁷⁰⁹ *Kontalexis c. Grèce* (N° 2), ECtHR, Requête no.29321/13, 6 septembre 2018, définitif 4/2/2019, para 34

¹⁷¹⁰ *Ђокић против Србије*, ЕСЉП, Представка број 1005/08, 20. децембра 2011.

¹⁷¹¹ Објашњавало се да је овај правни лек уведен у Закон о кривичном поступку од 1976. године (под називом захтев за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде) под утицајем критика монопола јавног тужиоца на заштиту законитости и стављања процесних странака у неравноправни положај, те предлога да се право на подношење захтева за заштиту законитости прошири на окривљеног да би постао равноправан са јавним тужиоцем. Вид. М. Грубач (2008), стр. 495 – 496.

¹⁷¹² *Ђокић против Србије*, ЕСЉП, Представка број 1005/08, 20. децембра 2011., пар. 35

случају незаконито одбачен захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде као неблагоприятан, те да је повређено право на приступ суду.¹⁷¹³

Услови дозвољености правног лека, а посебно када је у питању ванредни правни лек који се улаже због примене права спадају у домен поља слободне процене државе. Признаје се да легитимни циљ за ограничење приступа суду буде обезбеђивање да се највиши суд у држави бави питањима „*потребног значаја*“ („*изузетне важности*“) чиме се обезбеђује јединствена примена права и равноправност у примени права, што се уједно издваја као општеприхваћени циљ.¹⁷¹⁴

Кључно је питање, у вези са разумном сразмером између употребљених средстава и циља коме се тежило, да ли примењено законско ограничење представља *неоправдано мешање у право на приступ суду*, односно да ли је у питању истовремено легитиман и *разуман процесни захтев*.¹⁷¹⁵ Пре оцене сразмерности потребно је да се одреди опсег слободне процене државе ценећи да ли се у конкретном случају поставља питање правичног суђења пред нижестепеним судовима (видљивог недостатка правичног суђења) и природа улоге Врховног касационог суда.

Строжи услови дозвољености захтева за заштиту законитости у односу на дозвољеност жалбе допуштају се у начелу, пошто Врховни касациони суд одлучује о примени права, *али је потребно узети у обзир да ли се истичу и виде недостаци правичног суђења пред нижестепеним судовима*. Ако је одговор негативан, дозвољава се широка дискреција државе, али не може да буде неограничена, већ се цене критеријуми за постојање прекорачења слободне процене државе: 1. *предвидивости ограничења* (да ли постоји „*доследно и јасно тумачење ограничења*“ у судској пракси); 2. *сношење терета штетне последице грешака* учињених током поступка (да ли су се грешке које су довеле до недозвољености правног лека могле избећи од самог почетка, односно да ли се грешке „*углавном и објективно могу приписати подносиоцу представке*“); 3. *постојања претераног формализма* којим је ограничен приступ суду (да ли одлука о недозвољености захтева подразумева „*неразумну и посебно строгу примену правила поступка којима се неоправдано ограничава приступ надлежности суда*“).¹⁷¹⁶

Уређењем захтева за заштиту законитости може дасе доведе у питање делотворан приступ суду, нарочито у контексту правила да је окривљеном дозвољено да изјави захтев за заштиту законитости искључиво преко браниоца, који фактички мора да буде квалификован, да прати судску праксу, јер је поступак строго формалан, захтева поштовање процесне форме утврђене у Законику о кривичном поступку и прецизиране у пракси Врховног касационог суда да би се захтев мериторно узео у разматрање, да се захтев за заштиту законитости

¹⁷¹³ У конкретном случају подносилац представке оглашен је кривим пресудом Окружног суда у Лесковцу за убиство бивше супруге, те осуђен на казну затвора у трајању од једанаест година. Пресуда је постала правноснажна дана 20. марта 2006. године, потврђивањем од стране Врховног суда. Подносилац представке примио је правноснажну пресуду дана 26. маја 2006. године. Пошто је издржавао казну затвора у КПЗ Ниш, уложио је захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде преко затворске управе дана 26. јуна 2006. године (у законском року од месец дана од дана пријема пресуде донете по жалби), а Врховни суд је захтев примио 5. јула 2006. године. Врховни суд је одбацио захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде као неблагоприятан, наводећи погрешно да је захтев поднет 5. јула 2006. године.

¹⁷¹⁴ *Zubac protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 40160/12, Veliko Vijeće, 5. travnja 2018., para 105; *Добрић против Србије*, ЕСЉП, Представке бр. 2611/07 и 15276/07, 21. јун 2011., пар. 54

¹⁷¹⁵ *Добрић против Србије*, ЕСЉП, Представке бр. 2611/07 и 15276/07, 21. јун 2011., пар. 54

¹⁷¹⁶ *Zubac protiv Hrvatske*, ESLJP, Zahtjev br. 40160/12, Veliko Vijeće, 5. travnja 2018., par. 107 – 125

одбацује ако није прописно састављен и поднет у складу са тумаченим ограничењима у погледу предмета захтева и условом претходног коришћења редовног правног лека и рока за изјављивање. У поступку се решавају искључиво правна питања, али она могу да имају утицај на одлучивање о оптужби. У правној теорији издваја се мишљење да се чини потребним да се предвиди случај обавезне одбране у поступку пред Врховним касационим судом, за које је оправдање и правни основ Устав Србије (члан 32), који не лимитира важење права на правично суђење, „а осим тога гаранције правичног суђења важе у целом кривичном поступку, који се не завршава правноснажним окончањем поступка“.¹⁷¹⁷

Законодавац се определио да уведе у кривични поступак ванредни правни лек захтев за заштиту законитости који може да се изјави у корист окривљеног, те је самим тим неопходно да у складу са праксом ЕСЈП и предвиди нормативне гаранције делотворности овог правног средства и омогући његову делотворност у остваривању (делотворност у „праву“ и „пракси“),¹⁷¹⁸ тим пре што је његово прописивање мотивисано начелом једнакости „оружја“ утврђеним Конвенцијом. Због тога је потребно да процесно овлашћење одбране да изјави захтев за заштиту законитости не постане „теоријско“ и „илузорно“ ради остваривања овог циља Конвенције.

¹⁷¹⁷ Т. Д. Бугарски (2016), стр. 95 – 96.

¹⁷¹⁸ *Ilhan v. Turkey*, ECtHR, App. no. 22277/93, 27 June 2000, para 97.

6.2. Захтев за заштиту законитости

Ванредни правни лек захтев за заштиту законитости, преузет је из европско – континенталног законодавства у Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године, чији је узор био аустријски закон од 1873. године. Све до усвајања Законика о кривичном поступку од 2011. године, подизао га је надлежни јавни (државни) тужилац, а у одређеном периоду и председници највиших судова (Закон о кривичном поступку од 1948. године). Води порекло из француског права у којем је његов примарни значај био заштита јавног интереса („*средство за одржавање јединства јудикатуре и тачног тумачења закона*“), те се као такав није сматрао правним леком у правом смислу.¹⁷¹⁹ Изворно је установљен ради заштите примене закона у ужем смислу, односно решавања спорних правних питања. Њиме се не оспорава правилно и потпуно утврђивање чињеница нити оцена доказа на којима се заснивају закључци суда.¹⁷²⁰ Савремена правна наука истиче шири значај и улогу захтева за заштиту законитости, описујући да је „својеврсни инструмент“ за обезбеђивање владавине права и „главна брана законитости и уставности поступања и одлука правосудне власти“.¹⁷²¹

Логичне последице одређивања нестраначког интереса за изјављивање захтева суповеравање улагања државном органу који је дужан да штити закон и поступа објективно, те му се прописују гаранције објективности (јавном тужиоцу односно највишем у хијерахији државном тужиоцу) да истиче повреде закона (самостално или по налогу министра правде), неограничавање коришћења овог правног средства роком и другим условима, те одлучивање о захтеву од стране највишег суда у држави. Надлежност јавног тужиоца да самостално одлучи да поднесе захтев за заштиту законитости (поступање *proprio motu*) не искључује могућност да јавни тужилац прими обавештење о постојању разлога за изјављивање захтева од других државних органа или окривљеног односно његовог браниоца. Тада је иницијатива својеврсан вид предлога јавном тужиоцу да изјави захтев за заштиту законитости.

Развој захтева за заштиту законитости огледа се угодатном приписивању овом правном средству практичног значаја који се огледа у томе да се његовом употребом могу остварити практичне промене *in favorem defensionis* (лечење правних недостатака у корист окривљеног).¹⁷²² Не само да се њиме у теоријском смислу побијају, те утврђују повреде закона,

¹⁷¹⁹ М. П. Чубински, стр. 618.

¹⁷²⁰ Грубиша, анализирајући разликовање чињеничног и правног питања, под решавањем правног питања обухвата две активности: 1. „*правно квалифицирање или сунсумирање* које се састоји у оцјени да ли свака поједина утврђена одлучна чињеница одговара одређеном појму из правне норме и да ли су се стекле све чињенице које правна норма тражи“, и 2. „*примјену санкције* (односно *одрицање њене примјене*) која се састоји у одређивању за конкретни случај правне последице која је предвиђена у правној норми“. М. Грубиша, стр. 221.

¹⁷²¹ М. Шкулић, Т. Бугарски (2015), стр. 526.

¹⁷²² У литератури се запажало да иако захтев за заштиту законитости има *одређени значај* за уједначавање судске праксе и јединствене примене закона, тај *значај није велики*, јер за остварење ових циљева постоје и друга средства. Вид.: Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 568.

Устав Републике Србије не одређује природу улоге Врховног касационог суда. Уставотворац је „помешао“ два наизглед неспојива модела, врховног суда и касационог суда, те „ставио законодавца у непријатну позицију или да предвиди суд који има право и да суди у меритуму и да враћа предмете на поновно суђење

већ се ипрактично отклањајуповреде закона (погрешна применаили неприменазакона) учињене на штету окривљеног. Отклањање повреда јенепосредно (измена пресуде) или посредно (укидањем пресуде уз указивања на правно схватање највишег суда). Гледиште Тихомира Васиљевићада треба да задовољава „*обезбеђивање правилне примене закона како у јавном интересу тако и у интересу странака*“, а да се „у што мањој мери одступи од начела правне снаге пресуде“, описује уједно*ratio legis*прихватања у нашем законодавству захтева за заштиту законитости и допуштеност његовог ограничавања.¹⁷²³

У судској пракси Врховног касационог суда наилазимо на примере разматрања захтева за заштиту законитости изјављеног од стране браниоца окривљеног против одлуке суда у кривичном поступку покренутомо приватној тужби, што сматрамо сагласним: 1. законском правилу о овлашћеним лицима за подношење захтева, које не садржи ограничење у погледу поступка покренутог због кривичног дела за које се гони по службеној дужности; 2. доктринарномставу да се овим правним леком пружа заштита правилној примени закона и у интересу странака; 3. улогом овог правног лека у заштити уставности, људских права и слобода окривљених или других учесника у поступку односно разлозима за подношење захтева из члана 485 став 1 тачка 2 и 3 ЗКП; 4. чињеници да се за поједина кривична дела за која се гони по приватној тужби може водити и редовни кривични поступак, те да се окривљеном у појединим случајевима може изрећи казна затвора у трајању од осам година (што свакако указује на озбиљне последице које могу наступити за окривљеног – тежину питања за окривљеног).¹⁷²⁴Чини се правилним и оправданим разумевање смисла правила о изјављивању захтева за заштиту законитости на начин да је дозвољено да Републички јавни тужилац изјави захтев, по иницијативи приватног тужиоца или његовог пуномоћника, због

или да се сам одлучи за један од модела“. Марко Станковић, „Слабости положаја судске власти у Уставу Републике Србије од 2006. године и у Радном тексту Амандмана од 2018. године“, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, Друштво судија Србије, Београд 2018, стр. 355.

Европски суд за људска права истиче посебну природу улоге касационог суда која је ограничена да се обезбеди „*јединствена примена права и правилно тумачење права*“. Вид.: *Shatoyan v. Armenia*, ЕСтHR, App. no. 18499/08, 7 July 2015, final on 7/10/2015, para 35

Надлежност Врховног касационог суда дефинисана је у члану 30 и 31 Закона о уређењу судова – ЗУС, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС. Законодавац прихвата оба модела организације највишег суда. Подједнако су постављене *надлежност „у суђењу“* (у коју пре свега спада одлучивање о „ванредним правним средствима изјављеним на одлуке судова“) и „*изван суђења*“ (у коју спада пре свега обезбеђивање „јединствене судске примене права и једнакости странака у судским поступцима“). У радном тексту амандмана на Устав Министарства правде, Амандман VI, као главни задатак Врховног суда формулисан је „*обезбеђивање јединствене примене закона од стране судова*“.

¹⁷²³ Т. Васиљевић, стр.559.

¹⁷²⁴ Издвајамо интересантне примере у којем се поставило суштински исто правно питање – повреда закона због доношења наредбе о издавања потернице против окривљеног у кривичном поступку због кривичног дела за које се гони по приватној тужби, позивањем на битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 438 став 1 тачка 7 ЗКП (постојање оптужбе овлашћеног тужиоца). У ранијој одлуци, одбијен је пресудом захтев за заштиту законитости, јер је заузет став да одбрана не може да поднесе захтев због ове повреде закона, која није таксативно наведена у члану 485 став 4 ЗКП и истовремено изведен закључак да „из ових или других законских разлога *странка има право подношења иницијативе за подизање захтева за заштиту законитости*“ *РЈТ – у*, „*а у складу са одредбом члана 36 став 2 Устава Републике Србије*“ (из пресуде Врховног касационог суда Кзз 271/2019 од 21.3.2019. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-2712019>, приступљено 5. јануара 2021.). У каснијој одлуци, усвојен је захтев за заштиту законитости због учињене битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 483 став 1 тачка 7 ЗКП на штету окривљеног, па је „*укинута наредба*“ за издавање потернице против окривљеног, јер је суд у поступку по приватној тужби донео наредбу супротно одредби члана 598 став 1 ЗКП (пресуда Врховног касационог суда Кзз 947/2019 од 24.9.2019. године, непосредан увид у Првом основном суду у Београду).

повреде закона која је учињена и у корист окривљеног. Закључак темељимо напоменутој широј функцији захтева за заштиту законитости, законском овлашћењу Републичког јавног тужиоца да изјави захтев за заштиту законитости *једнако у корист и на штету окривљеног*, праву на *једнаку заштиту* права и правно средство из члана 36 став 2 Устава Републике Србије из којег судска пракса изводи „*право странка на подношења иницијативе*“ Републичком јавном тужиоцу за изјављивање захтева за заштиту законитости, те управо начелу једнакости „оружја“ чија је повреда *прописивање, те и тумачење постојања статусне неравноправности странака*.

Правна теорија указује на значај кривичних поступака који се воде по приватној тужби и квалитета рада у овим поступцима у погледу правне оцене ствари. Кривичним делима која су предмет ових поступака у највећем броју случајева повређују се уставна права грађана (право на част и телесни интегритет) због чега се од оштећеног и од других грађана очекује „адекватна судска заштита“.¹⁷²⁵ Осим тога, изостанак „адекватне судске заштите“ и „стварање евентуалног става код грађана о олаком односу суда према овим кривичним делима може да има за последицу вршење нових и далеко тежих кривичних дела од стране повређених грађана „узимањем правде у своје руке“.¹⁷²⁶

Важеће уређење поступка пружа само начелно, на први поглед, већу заштиту окривљеном у кривичном поступку увођењем овлашћења окривљеног да преко браниоца изјави захтев за заштиту законитости (члан 483 став 3 ЗКП) једнако против правноснажне одлуке јавног тужиоца и суда или због повреде одредаба поступка који је претходио доношењу одлука (члан 482 став 1 ЗКП). *Ratio legis* ове нормативне новине управо је промовисање начела једнакости „оружја“ и тиме начела правичности, коме се истовремено са елиминацијом начела истине придаје централни значај у кривичном поступку, с обзиром да је изјављивање овог ванредног правног лека раније, традиционално, било овлашћење јавног (државног) тужиоца. Међутим, законским ограничењима и додатним условима наметнутим окривљеном, те и његовом браниоцу (према ставу судске праксе), али не и Републичком јавном тужиоцу, за изјављивање захтева за заштиту законитости и увођењем могућности да Врховни касациони судне разматра мериторно све захтеве поднете због повреде закона, већ искључиво ако сматра по сопственој дискреционој оцени да спорно питање није од значаја за „правилну или уједначену примену права“, доводи се у питање делотворност овог ванредног правног лека изјављеног у корист одбране. Републички јавни тужилац иако има формалну дужност непристрасности као државни орган, свакако није дужан да поступи по иницијативи окривљеног и изјави захтев за заштиту законитости. Окривљени нема доступан правни механизам да иницира преиспитивање „одлуке“ највишег јавног тужиоца, да „издејствује“ да се о његовој иницијативи расправља и да она уђе у поступак пред Врховним касационим судом, те на његову вољу да учествује у поступку.¹⁷²⁷ Питање делотворности (ефективности) нарочито је важно имајући у виду да процесна права утврђена ради остваривања циљева Конвенције не

¹⁷²⁵ С. Бејатовић (2019), стр. 183.

¹⁷²⁶ *Ibid.*

¹⁷²⁷ Одлука Републичког јавног тужиоца, као државног органа, да поводом иницијативе окривљеног поднесе/не поднесе захтев за заштиту законитости не може да се побија жалбом нити се против ње може поднети захтев за заштиту законитости, јер је ова одлука „дискреционо право Републичког јавног тужиоца и не представља правноснажну одлуку у смислу члана 482 став 1 ЗКП“. Из решења Врховног касационог суда Кзз 457/2014 од 22.05.2014. године, којим је у ставу другом одбачен као недозвољен захтев за заштиту законитости браниоца осуђеног поднет против одлуке РЈТ – а „у форми обавештења“. Доступно на <https://vk.sud.rs/sr-lat/kzz-4572014>, приступљено 08. јануара 2021.

смеју да буду „теоријска“ нити „илузорна“, што у својим пресудама потенцира ЕСЈП тумачећи Конвенцију.

У поступку према малолетнику изражен је интерес заштите малолетника одредбама процесног кривичног права, што је видљиво и из проширеног основа за изјављивање захтева за заштиту законитости. Захтев се у овом поступку подноси не само у случају повреде закона судском одлуком, већ и у случају неправилног изрицања казне или васпитне мере (члан 82 ЗМ).

Заштита права окривљеног пружа се установљењем да је разлог за подношење захтева утврђена повреда или ускраћивање људског права и слободе окривљеног и уређењем разлога (члан 485 став 1 тачка 3 ЗКП). Претходно важеће решење обухватало га је разлогом за понављање кривичног поступка. У литератури се критиковала управо формулација садашњег разлога у правнотехничком смислу попут апсолутно битних повреда.¹⁷²⁸ Запажамо да је језичко тумачење у супротности са доктринарним ставом о одлукама које се могу донети ако се усвоји захтев.¹⁷²⁹ Наводи се да се у пракси захтев за постојање *каузалитета* између утврђене повреде људског права и правноснажне одлуке подразумева и цени, као и у погледу разлога за подношење захтева за заштиту законитости повреде закона.¹⁷³⁰ Формулисање разлога као релативно битне повреде у складу је са тумачењем надлежности ЕСЈП.

Полазећи од „доктрине четврте инстанце“, објашњава се да Суд „никада мериторно не решава спорове, не укида нити преиначује одлуке националних судова оцењујући их као неисправне“.¹⁷³¹ Поповић истиче да „доктрина четвртог степена“ почива на ставу да ЕСЈП није никако надређен националним судовима, да може подносиоцу представке да досуди правично задовољење, а да се пред Судом не може жалити на исход поступка пред националним судом.¹⁷³²

Посматрано из угла начина извршења пресуде ЕСЈП, потребно је напоменути да ради остваривања опште обавезе државе да успостави „интегралну реституцију“ постоје два начина одређивања мера отклањања повреде од стране ЕСЈП – *препука (појединачне мере да се поново суди, препорука опште мере)*, као и ређи примери изричитог налагања примене тачно одређене мере, али да у судској пракси и даље опстајеначелан став „слободе у избору

¹⁷²⁸ Шкулић, полазећи од нормативне основе, запажа да је садашње решење, у односно на раније важеће (уведено новелама ЗКП од 2009. године), погрешно формулисано у правнотехничком смислу попут апсолутно битних повреда, јер произилази да би свака повреда зајемченог људског права у правноснажно окончаном кривичном поступку подразумевала аутоматско укидање судске одлуке којом је такав кривични поступак завршен, без обзира на каузалну везу између учињене повреде и законитости односно правилности пресуде. О томе: М. Шкулић, Г. Илић (2012), стр. 129 – 132.

¹⁷²⁹ На оцену значаја повреда од које зависи поступање суда упућује мишљење у доктрини да и у случају усвајања захтева у корист окривљеног има места доношењу деклараторне одлуке ако је реч о „повредама закона које по свом значају нису такве да би одлуку требало укинути или преиначити“ или када „одлука не постоји већ је у питању незаконит поступак“, а потребно је да се „постојање повреде утврди ради избегавања будућих повреда и ради постизања једнообразне праксе“. Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 573.

¹⁷³⁰ О томе: Невенка Важић, „Захтев за заштиту законитости према ЗКП Србије (основне карактеристике, могућност подношења, искуства у примени и мере унапређења)“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016, стр. 350 – 351.

¹⁷³¹ Вид.: Г. Дајовић, Б. Спаић, стр. 173.

¹⁷³² Д. Поповић (2016), стр. 84.

средстава“.¹⁷³³ Ако у конкретном случају постоји препорука Суда у погледу поновног суђења или понављања поступка, то представља „у принципу одговарајући начин исправљања повреде“, а држава има слободну оцену приликом тумачења пресуда Суда.¹⁷³⁴

Европски суд за људска права ценио је основаност притужбе „ускраћивања правде“ пред касационим судом поводом ванредног правног лека у вези са извршењем пресуде ЕСЈП којом је утврђена повреда Конвенције, позивајући се пре свега на став у судској пракси да Конвенција не гарантује право на понављање поступка и налазећи да је потребно да пресуда касационог суда којом се одбија понављање не буде произвољна.¹⁷³⁵

Одлучивање Врховног касационог суда може да има практичне последице у корист окривљеног (члан 492 став 1 тач. 1 и 2 ЗКП, члан 489 став 2 ЗКП, члан 494 став 4 ЗКП). Ипак, нормативна основа показује да је за његово улагање доминантан легитиман јавни интерес уједначавања судске праксе и правилног тумачења закона, а не интерес интегритета поступка у виду отклањања повреда закона на штету окривљеног у циљу заштите права окривљеног у кривичном поступку нити равнотежа интереса, иако су надлежност суђења и обезбеђивања јединствене примене Врховног касационог суда законски равноправно постављене.

Захтев за заштиту законитостисуштински сједињава два некадашња ванредна правна лека, захтев за заштиту законитости и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, ванредни правни лек у корист одбране који је у нашем законодавству био од Закона о кривичном поступку од 1976. године (под називом захтев за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде) до законских измена и допуна од септембра 2009. године. Европски суд за људска права утврдио је да, у смислу члана 35 став 1 Конвенције, захтев за заштиту законитости није био делотворно правно средство из разлога: 1. према релевантним начелима цени се да ли је окривљени у стању да покрене правно средство директно и да ли мора да се ослони на добру вољу државног службеника; 2. једино јавни тужилац могао је да уложи захтев за заштиту законитости у име подносиоца представке и штавише, он је имао потпуно дискреционо право да ли да то учини или не; 3. окривљени је могао да тражи такву меру, али он свакако није имао право по закону да лично користи ово правно средство.¹⁷³⁶

¹⁷³³ О томе: *Ibid.*, стр. 458 – 461.

¹⁷³⁴ Препорука је описана као „одговарајуће решење“, али не и „неопходно или ексклузивно“. Суд не може да прејудуцира исход оцене домаћих судова да ли би било примерено, с обзиром на посебне околности случаја, одобрити поновно суђење или поновно покретање поступка при чему судови треба да имају у виду и домаће право. *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), ECtHR, App. no. 19867/12, Grand Chamber, 11 July 2017, para 92 – 93.

¹⁷³⁵ Европски суд за људска права је у случају *Kontalexis c. Grèce* (N° 2), констатовао да је касациони суд образлагао да пресудом Суда није доведена у питање независност и непристрасност суда нити правичност поступка у целини. Суд је нашао да судије нису „искривљено“ нити „погрешно“ приказале пресуду Суда, те да се Суд уверио да пресуда није арбитрарна, па да није учињена повреда члан 6 Конвенције. Вид.: *Kontalexis c. Grèce* (N° 2), ECtHR, Requête no.29321/13, 6 septembre 2018, définitif 4/2/2019, para 54 – 58

У случају *Moreira Ferreira v. Portugal*, указује се на потребу навођења разлога и да се разлози не заснивају на очигледној чињеничној или правној грешци што је резултирало „порицањем правде“ (para 85). У конкретном случају Врховни суд је нашао да утврђена процесна нерегуларност од стране Суда није била довољно озбиљна да би осуда била неспојива са Конвенцијом.

¹⁷³⁶ *Ленојућ против Србије*, ЕСЈП, Представка број 13909/05, 6. новембра 2007., пар. 53 – 54.

Европски суд за људска права не прихвата аргумент да постоји обавеза јавног тужиоца да понесе захтев ако је дошло до кршења домаћег законодавства, а не „потпуна дискреција“ да ли да уложи захтев у име подносиоца представке (односно да постоји тзв. „*discretio legalis*“). Вид.: *Ђокић против Србије*, ЕСЈП, Представка број 1005/08, 20. децембра 2011., пар. 28.

Суд је такође утврдио да је захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, када је доступан, у начелу делотворно правно средство.¹⁷³⁷ Подношење овог ванредног правног лека било је право окривљеног који је био осуђена казну затвора или малолетничког затвора, остварило лично или путем браниоца, условљено роком за улагање и коришћењем редовног правног лека (осим прописаног изузетка – преиначење ослобођења од казне, судске опомене, условне осуде, новчане казне, васпитне мере у казну затвора/малолетничког затвора од стране другостепеног суда), као и ограниченоодређеним обимом побијања правноснажне пресуде због повреде закона (прописивањем одређених повреда закона).

Основна карактеристика поступка је да окривљени може да изјави захтев за заштиту законитости искључиво преко браниоца, што доводи до ефекта да је окривљеном који нема довољно финансијских средстава да ангажује браниоца, захтев за заштиту законитости фактички недоступно правно средство. Окривљени према доследном, али не и јасном тумачењу судске праксе, имајући у виду изричите основне законске норме и језичке формулације којима се законодавац користи, има сужено овлашћење изјављивање захтева за заштиту законитости.

Целокупан поступак по захтеву за заштиту законитости спроводи се пред Врховним касационим судом (члан 486 ЗКП). Правноснажна одлука или поступак који је претходио њеном доношењу испитује се у оквиру разлога, дела и правца побијања (члан 489 став 1 ЗКП). Врховни касациони суд је надлежан да само у корист окривљеног укине или преиначи одлуку (члан 489 став 3 ЗКП). По потреби, судија известилац може да прибави обавештења о истакнутим разлозима за подношење захтева за заштиту законитости (члан 488 став 1 ЗКП).

6.3. Ограничење приступа Врховном касационом суду

Важеће уређење захтева за заштиту законитости поставља непрецизна ограничења за окривљеног, што следи изтумачења судске праксе. Овлашћење окривљеног на изјављивање захтева за заштиту законитости ограничено је у погледу овлашћеног лица за изјављивање захтева, благовремености захтева и дозвољености изјављивања захтева у односу на одређене повреде закона, те претходно коришћење редовног правног лека.

Окривљени је овлашћен да изјави захтев за заштиту законитости у своју корист искључиво преко браниоца који подноси захтев у име и за рачун окривљеног (члан 483 став 3 ЗКП). Законско уређење не спречава окривљеног да, као и раније, тражи Републичком јавном тужиоцу да изјави захтев за заштиту законитости (лично поднета иницијатива). Тада окривљени нема директан приступ суду, одлука о изјављивању захтева за заштиту законитости искључиво зависи од дискреције Републичког јавног тужиоца, а познавање ове могућности упитно је ако су у питању правно необразовани окривљени, нарочито окривљени чија одбрана је била обавезна због неспособности да се успешно бране, чиме нормативно уређење може да има дискриминаторски ефекат. У ранијем законодавству било је покушаја да се, у условима монопола Републичког јавног тужиоца за подношење захтева за заштиту

Према налажењу Уставног суда, јавни тужилац има *потпуну дискрецију* да ли да поднесе захтев за заштиту законитости или не. Само јавни тужилац има законску могућност да га самостално поднесе, а на његову одлуку не може да се утиче, без обзира на лично поднету иницијативу. Вид.: Решење Уставног суда Уж 1233/2009 од 17. септембра 2009, 3., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/812/?NOLAYOUT=1>, приступљено 5. марта 2020.

¹⁷³⁷ Драгана Јовичић против Србије, ЕСЉП, Представка број 42716/11, 12. фебруара 2013.

законитости, увођењем формалног поступка одлучивања по иницијативи одбране и ширег опсега повреде закона одржи равнотежа општег интереса и заштите права на одбрану окривљеног.¹⁷³⁸ Окривљени према важећем уређењу нема право да поднесе правно средство против „одлуке“ Републичког јавног тужиоца да не изјави захтев за заштиту законитости. Ово је одлука само у суштинском, не и у формалном смислу, с обзиром да се у пракси окривљеном доставља само обавештење.

Побијање повреде закона, по тумачењу Врховног касационог суда, ограничено је за окривљеног таксативним навођењем лимитираних повреда закона (члан 485 став 4 ЗКП). Окривљени је додатно условљен роком (три месеца од дана достављања одлуке Уставног суда или ЕСЈП, 30 дана од дана достављања правноснажне одлуке) и коришћењем редовног правног лека (члан 485 став 4 ЗКП). У судској пракси се тумачи да се услов претходног коришћења редовног правног лека примењује само ако је било дозвољено изјављивање редовног правног лека.¹⁷³⁹

Врховни касациони суд, допунски, на основу законског овлашћења из члана 486 став 2 ЗКП и члана 487 став 1 тачка 4 ЗКП, филтрира предмете који му се подносе. Узима у разматрање захтев за заштиту законитостисамо ако *сматра* да је реч о питању од *значаја за правилну или уједначену примену права*.

6.3.1. Овлашћени подносиоци захтева за заштиту законитости

Окривљени и јавни тужилац нису у једнаком положају да побијају правноснажну пресуду због повреде закона с обзиром на то да окривљени у своју корист не може сам, односно самостално, већ искључиво преко браниоца, нити безусловно да поднесе захтев за заштиту законитости, а да захтев за заштиту законитости може и на штету окривљеног да изјави Републички јавни тужилац безусловно (невезано за рок, у ширем обиму, без ограничења повреда закона). Ограничења права окривљеног по основу повреде закона (временска и у погледу повреда закона које могу да буду разлог за подношење захтева), односе се и на браниоца.¹⁷⁴⁰

Изјављивање захтева за заштиту законитости од стране браниоца има за циљ да обезбеди квалитетнију одбрану, јер се правни лек улаже због питања права. Овај услов уједно начелно доприноси ефикаснијем поступку, јер спречава „затрпавање“ највишег суда у држави неуредним и очигледно неутемељеним захтевима окривљених. Европски суд за

¹⁷³⁸ Законом о кривичном поступку од 2006. године било је прописано: 1. подношење писменог и образложеног поднеска од стране окривљеног и браниоца за улагање захтева; 2. истицање повреде права на одбрану окривљеног у кривичном поступку која је претходила доношењу правноснажне пресуде и утицала на доношење законите и правилне пресуде 3. механизам „издејствовања“ уласка предлога у процедуру путем жалбе против решења о одбацивању предлога о којој одлучује Врховни суд; 4. поступање Врховног суда као да је поднет захтев ако усвоји жалбу, и дужност Републичкој јавног тужиоца да учествује у том поступку. Више о поступку: М. Шкулић (2007 а), стр. 1299 – 1304.

Ово решење значајно оснажује положај окривљеног у поступку по захтеву, али је противно важећој прихваћеној концепцији страначког поступка према којој предност има диспозиција странака. Више о критици у правној теорији вид.: Г.П. Илић (2012 б), стр. 158.

¹⁷³⁹ Тумачење је у складу са мишљењима у литератури да ванредни правни лек управо има смисли када нема редовног правног лека. Вид.: Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 568.

¹⁷⁴⁰ Закључак се изводи тумачењем правила о овлашћеним подносиоцима у вези са правом браниоца да у корист окривљеног предузме све радње које може да предузме и окривљени. Вид.: Решење Врховног касационог суда Кзз РЗ 2/2013 од 3. априла 2013. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs>, приступљено 8. марта 2020.

људска права констатује да је услов да подносиоца представке пред касационим судом заступа квалификовани правник заједничка карактеристика више правних система држава чланица Савета Европе, сагласна карактеристикама Врховног суда као највишег суда у држави који испитује жалбе у погледу права.¹⁷⁴¹

Постављени су минимални захтеви уредности захтева (навођење општег разлога за подношење из члана 485 став 1 ЗКП, те, у случају позивања на разлоге из члана 485 став 1 тач. 2 и 3 ЗКП, одлука Уставног суда или ЕСЉП), али судска пракса захтева означавање конкретне повреде закона и указивање на разлоге о њеном постојању. Пошто недостаје потпуно уређење садржине захтева, фактички се сходно примењују правила о обавезним елементима жалбе, што додатно указује да поступак има елементе жалбеног поступка и да је у њему оправдана примена права на правично суђење. С обзиром на правило да се правноснажна одлука или поступак који јој претходи испитује у границама разлога (члан 485 став 1 ЗКП), дела и правца побијања, те да окривљени може да изјави захтев у погледу само одређених повреда закона, подношење захтева преко браниоца неспорно има карактер заштитне гаранције за одбрану окривљеног.¹⁷⁴²

Практично и делотворно остваривање начелног овлашћења окривљеног да изјави захтев за заштиту законитости односно сразмерност ограничења права окривљеног на приступ суду доводи се у питање правилима о трајању обавезне одбране и стручне одбране сиромашног окривљеног. Одбрана по службеној дужности пружа гаранције делотворне одбране (члан 76 став 2 ЗКП). Европски суд за људска права је у појединим случајевима нашао да је одсуство могућности да се захтева правна помоћ, у вези са процесним захтевима да су само одређени адвокати, који испуњавају прописане услове, овлашћени да предузимају процесне радње пред касационим судом, несразмерно ограничење делотворном приступу том суду.¹⁷⁴³ Ипак, замисливо је да ће, због недостатка финансијских средстава „принудно“ ангажовање браниоца који је недовољно стручан или је неискусан у области кривичног права, паненаводи конкретне повреде закона или неправилно квалификује повреде, узроковати одбацивање захтева за заштиту законитости, што је додатни аргумент у прилог дужег трајања обавезне одбране и стручне одбране сиромашног окривљеног и њихове контроле (могућности разрешења нестручног браниоца), бар када је окривљени неспособан да се успешно брани и када је реч о кривичним делима за која је изречена капитална казна.

Ако је одбрана обавезна или је у поступку окривљеном постављен бранилац по службеној дужности по основу стручне одбране сиромашног окривљеног, окривљени је практично лишен права да изјави овај правни лек по правноснажности пресуде.¹⁷⁴⁴ Након

¹⁷⁴¹ *Ghuyumchyan v. Armenia*, ECtHR, App. no. 53862/07, 21 January 2016, final on 21/4/2016, para 46

¹⁷⁴² У литератури се истицало да изгледи за успех захтева за заштиту законитости зависе од његове заснованости и образложености. В. Ђурђић, Данило Суботић, *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног поступка* (део који је написао Д. Суботић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2010, стр. 144.

¹⁷⁴³ *Shamoyan v. Armenia*, ECtHR, App. no. 18499/08, 7 July 2015, final on 7/10/2015, para 36; *Ghuyumchyan v. Armenia*, ECtHR, App. no. 53862/07, 21 January 2016, final on 21/4/2016, para 48; *Tovmasyan v. Armenia*, ECtHR, App. no. 11578/08, 21 January 2016, final on 21/4/2016, para 31

Европски суд за људска права је образложио допунио истицањем чињенице да је Уставни суд Јерменије нашао да су неуставна процесна ограничења да само адвокат који поседује лиценцу може да предузима радње пред касационим судом.

¹⁷⁴⁴ У ранијем законодавству обавезна одбрана важила је и у поступку по ванредним правним лековима ако је окривљеном била изречена капитална казна – смртна казна (члан 70 став 4 Закона кривичном поступку од 1976. године), односно казна затвора од четрдесет година (члан 71 став 4 ЗКП/2001).

правноснажне осуде, окривљени не може да се позове на сиромашко право у оквиру кривичног поступка. Иако се не прописује посебан захтев који бранилац мора да испуни да би могао да приступи Врховном касационом суду, пре свега у случају обавезне одбране по основу неспособности окривљеног да се успешно брани, правноснажног изрицања капиталне казне, као и у случају престанка трајања стручне одбране сиромашног окривљеног, онемогућавање окривљеном да захтева бесплатну правну помоћ у кривичном поступку ради улагања захтева због повреде права на његову штету може да доведе у питање оправданост ограничавања приступа суду правилима о службеним одбранама. Стручна одбрана сиромашног окривљеног према европским стандардима примењује се и пред касационим судом који одлучује о питању права, ако је према околностима случаја (правна компликованост случаја, сложеност поступка пред касационим судом), неопходно заступање од стране квалификованог правника. О њеној примени одлучује држава водећи рачуна о задовољењу захтева интереса правде, а поступајући у пољу слободне процене, док ЕСЈП врши проверу оцене државе.

Изостављањем проширења примене обавезне одбране, бар у одређеним случајевима, и сиромашког права док се не исцрпе правни лекови у оквиру кривичног поступка, противно је дужношћу државе да не омета „неоправдано“ остваривање права титулара на подношење овог правног лека својим „радњама или пропуштањима“¹⁷⁴⁵. Иако је захтев за заштиту законитости ванредни правни лек, иницира вођење поступка пред највишим судом, који има елементе жалбеног поступка и може да оствари ефекте жалбезбог правног питања.

6.3.2. Ограничење повреда закона на штету одбране

Закоником о кривичном поступку најпре се утврђује начелан разлог за подношење захтева за заштиту законитости, повреда закона која подразумева и повреду закона правноснажном одлуком јавног тужиоца или у поступку који је претходио њеном доношењу (без обзира на врсту и значај повреде), а затим се право окривљеног на приступ суду ограничава обимом повреда закона на које је окривљени овлашћен да се позове, на темељу тумачења судске праксе.¹⁷⁴⁶ Право окривљеног да изјави захтев за заштиту законитости у своју корист, додатно се нормативно ограничава могућношћу Врховног касационог суда да цени релевантност повреде на штету окривљеног тиме што у фази

Врховни касациони суд одбацује захтеве за заштиту законитости бранилаца по службеној дужности, као изјављене од неовлашћених лица на основу члана 482 став 1 ЗКП и члана 74 ЗКП, налазећи да је „јасно опредељено не само до када окривљени мора имати браниоца уопште, већ и браниоца по службеној дужности, а чија овлашћења трају у зависности од разлога из кога је постављен за браниоца, али свакако не дуже од момента правноснажног окончања кривичног поступка“. Из решења Врховног касационог суда у Београду Кзз 375/15 од 21. априла 2015. године, непосредан увид.

¹⁷⁴⁵ *İlhan v. Turkey*, ECtHR, App. no. 22277/93, 27 June 2000, para 97.

¹⁷⁴⁶ У пракси Врховног касационог суда тумачи се да су дозвољени разлози за окривљеног да поднесе захтев за заштиту законитости због повреде закона преко свог браниоца таксативно набројани у члану 485 став 4 ЗКП, те да се у случају да бранилац указује на друге повреде закона, захтев за заштиту законитости има одбацити као недозвољен сагласно члану 487 став 1 тачка 2 у вези члана 485 став 4 ЗКП (из пресуде Врховног касационог суда Кзз 867/2017 од 6.9.2017. године).

Став додатно указује да се суштински третира да су се у захтеву за заштиту законитости сјединила два правна лека. Када постоје повреде процесног закона (одређене одредбе процесног закона) на штету окривљеног које нису таксативно наведене, а њима се спречава окривљени да користи своја процесна права, окривљеном није ограничено да тражи (лично или преко браниоца) од Републичког јавног тужиоца да изјави захтев за заштиту законитости. Тада захтев за заштиту законитости није делотворно правно средство, већ једино уставна жалба.

прелиминарног испитивања захтева одлучује да ли је питање од „значаја за правилну или уједначену примену права“.

Формулација члана 485 став 4 ЗКП доводи у питање став у судској пракси, иако се она није мењала од почетка примене Законика. Полазећи од језичког тумачења (од кога су неретко у пракси полазили браниоци приликом изјављивања захтева), не постоји препрека да у случају осталих повреда закона окривљени преко браниоца изјави захтев за заштиту законитости и то мимо предвиђених услова (рок за изјављивање, коришћење редовног правног лека), што свакако знатно мења положај окривљеног у кривичном поступку.¹⁷⁴⁷

Полазећи од некадашњег захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде, који је представљао „рестриктивно постављени пандам захтеву за заштиту законитости“, у доктрини се издваја мишљење да је (иако постоје другачија мишљења), рестриктивно поимање овог правног лека сагласно логичком, системском, историјском и, изван свега циљном тумачењу.¹⁷⁴⁸

Основ изјављивања захтева за заштиту законитости ипак је ужи у односу на некадашњи основ улагања ванредног правног лека у корист окривљеног. Основ захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде у ранијем законодавству обухватао је ускраћивање окривљеном да противно његовом захтеву на главном претресу или претресу пред другостепеним судом *употребљава свој језик*, као и релативно битне повреде одредаба кривичног поступка – *повреда права осуђеног на одбрану на главном претресу или повреда одредаба кривичног поступка у жалбеном поступку, ако је та повреда била од утицаја на доношење правилне пресуде* (ЗКП/2001). Основ за изјављивање захтева за заштиту законитости још шире је био постављен у Законик у кривичном поступку од 2006. године обухватањем „повреде права на одбрану, која је утицала на доношење законите и правилне пресуде“ (члан 438 став 4 ЗКП/2006).

Закључак да је основ за улагање захтева за заштиту законитости од стране браниоца уско постављен произлази из уређења да се може поднети не само против правноснажне одлуке већ и због повреде одредаба поступка који је претходио њеном доношењу (члан 482 став 1 ЗКП), а да се повреде процесног закона односе само на обавезну одбрану која се везује и за претходне фазе поступка, и пре свега, на доношење пресуде.

Окривљеном јесам у теоријском смислу омогућено да преко браниоца у истразипобија одлуке јавног тужиоца, осим повреде законских одредаба о трошковима кривичног поступка (из члана 441 став 4 ЗКП), имајући у виду повреду које окривљени може да истиче према члану 485 став 4 ЗКП, а које се везују за главни претрес и пресуђење.¹⁷⁴⁹ Анализирајући судску праксу Врховног касационог суда, закључује се да се

¹⁷⁴⁷ Више о томе: М. Шкулић, „Кривичнопроцесно законодавство Републике Србије – нормативни аспект адекватности или неадекватности државе реакције на криминалитет“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LV редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2016, стр. 66 – 67.

¹⁷⁴⁸ С. Бркић (2016), стр. 201.

¹⁷⁴⁹ У литератури се анализира допуштено да се изјави захтев за заштиту законитости против наредбе за спровођење истраге. Илић је мишљења да је одсуство материјалне правноснажности наредбе разлог против, док у прилог допуштености иду „дејство наредбе према трећим лицима и општи процесни ефекат, чиме се уобличава правни интерес за интервенцијом“. Вид. Г. Илић (2016), стр. 369.

супротно законској норми, чини да је пракса при ставу да не сматра „ни да је уопште могућ“ захтев за заштиту законитости против наредбе за спровођење истраге¹⁷⁵⁰. Дакле, судска пракса иако законске норме не ограничавају изјављивање захтева за заштиту законитости у корист одбране против одређених одлука нити елиминишу *a priori* коришћење захтева за заштиту законитости против одређених одлука јавног тужиоца, тумачи закон у правцу ограничења и ширег ограничења (када су у питању повреде које могу да буду предмет захтева). Право на приступ суду овлашћеног титулара правног лека захтева рестриктивна и јасна законска ограничења. Овим ставом судске праксе доводи се у питање циљ захтева за заштиту законитости, заштита уставности и законитости.

У случају да окривљени нема ангажованог браниоца нити браниоца по службеној дужности, у нормативним условима крајње суженог обима судског испитивања пресуде по службеној дужности, видљивије неповољнији положај окривљеног за изношење делотворне одбране у односу на раније законодавство. Применом процесних одредби на случајеве без стручне одбране доводи се уједно у питање остваривање уставног начела да се „достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати“ (члан 20 став 2 ЗКП).

6.3.3. Дискреционо овлашћење Врховног касационог суда

Врховном касационом суду законом се утврђује дискреционо овлашћење да мериторно разматра захтев за заштиту законитости било да га је у корист окривљеног поднео бранилац или Републички јавни тужилац. Нарочито је важно да се овим овлашћењем, датим у фази претходног испитивања захтева, потенцијално онемогућава да се узме у разматрање оправданост захтева у корист одбране у фази мериторног одлучивања, чиме се омогућава да незаконите одлуке које се „толеришу“ остваре штетан ефекат на окривљеног. Нерелевантност питања повреде закона, што ипак захтева оцену највишег суда, изједначава се са утврђивањем формалних пропуста приликом подношења захтева који су у суштини грешке које се приписују субјектима у функцији одбране (неблаговременост и недозвољеност захтева, непотпун захтев), што је у практичном смислу неразумно, неадекватно и неоправдано ограничење права на подношење овог правног лека. Спречава се свестрано разматрање захтева, достављање захтева јавном тужиоцу, прибављање обавештења о разлозима за подношење захтева, евентуално обавештавање јавног тужиоца и браниоца о седници већа (члан 488 ЗКП), те доношење одлуке у меритуму у седници већа (члан 490 ЗКП).

Дискреционо овлашћење додатно је нормативно наглашено одсуством захтева да решење о одбацивању захтева садржи образложење (члан 487 став 2 ЗКП). Међутим, пракса ЕСЉП указује да нема опште обавезе, према било ком члану Конвенције, да се образложе одлуке којима се налази да су ванредни правни лекови недопуштени.¹⁷⁵¹ Када је реч о правном леку по питању права и претходном испитивању његове допуштености, за јавног

Правна теорија указује да је законодавац био јасан да се захтев за заштиту законитости може изјавити против *свих одлука*, чему је противан став присутан у пракси да појам „сваке правноснажне одлуке“ искључује процесне одлуке. О томе: Т. Д. Бугарски (2016), стр. 90 – 91.

¹⁷⁵⁰ М. Шкулић (2016 с), стр. 20.

¹⁷⁵¹ Напротив, домаће право може да искључи да се ове одлуке образлажу. Са друге стране, ако суд одлучује о оптужби по испитивању ванредних правних лекова и даје разлоге за своју одлуку, разлози треба да испуне захтеве члана 6 Конвенције који се односе на образложену судску одлуку. Вид.: *Moreira Ferreira v. Portugal* (No. 2), ECtHR, App. no. 19867/12, Grand Chamber, 11 July 2017, para 87

тужиоца и касациони суд не постоји обавеза детаљнијег (додатног) објашњења одбацивања правног лека који „нема изгледа за успех“.¹⁷⁵²

Супротно законском овлашћењу, образложење се давало у судској пракси, као и у случају свих решења Врховног касационог суда, што је значајно с обзиром на право на образложену судску одлуку. Такође, због недовољно прецизних законских одредби било је потребно да Врховни касациони суд тумачи спорна правила чинећи извесност у погледу њихове садржине односно садржине ограничења. Образложење решења о одбацивању захтева због одсуства *значаја* захтева *правилну* или *уједначену* примену права садржи упућивање насудске одлуке Врховног касационог суда које садрже релевантно тумачење закона.¹⁷⁵³

У литератури се у вези са овлашћењем јавног тужиоца указивало да јавни тужилац не улаже захтев ако је повреда безначајна, или ако је за такву повреду поводом захтева за заштиту законитости већ заузет став, али да га мора уложити ако треба да произведе практично важне промене у корист окривљеног.¹⁷⁵⁴ Налазило се да се у пракси могућност јавног тужиоца да поднесе захтев исправно трансформисала у обавезу подизања захтева када је повреда била учињена на штету окривљеног и када је усвајање захтева могло да исходује укидање или измену одлуке која садржи повреду.¹⁷⁵⁵ Према важећем решењу, Врховни касациони суд може да одбаци захтев за заштиту законитости „и ако је повреда учињена на штету оптуженог“, што је противно досадашњој пракси Републичког јавног тужиоца.¹⁷⁵⁶

Кључно, суштинско, запажање је да је законска формулација да *ће се* одбацити захтев за заштиту законитости „ако је поднет због „повреде закона која није од значаја за правилну или уједначену примену права“ (члан 487 став 1 тачка 4 ЗКП), противна Уставу (члану 145 став 2) и негира захтеву за заштиту законитости карактер правног лека којим се отклањају повреде закона односно надлежност „у суђењу“, те било какав значај начела правичности које може да буде повређено кршењем закона у овом поступку, чије повреде се ограничено, али без сумње цене од стране Европског суда за људска права. Супротно изричитој норми Устава, прави се разлика између „мањих и већих незаконитости“, те се допушта „опстанак“ судских одлука које су незаконите, уколико Врховни касациони суд већ у *prima facie* смислу, односно практично – „на први поглед“, закључи да конкретна незаконитост у одлуци суда није од значаја за правилну и уједначену примену права“.¹⁷⁵⁷ Врховни касациони суд је у могућности да противно Уставу прихвата и као дозвољене незаконите поступке.¹⁷⁵⁸

Уређење захтева за заштиту законитости је и контрадикторно. Начелно омогућава његово изјављивање због било које повреде закона, „ирелевантно да ли је повреда од битног значаја за одлуку правосудног органа или је могла утицати на правилну и закониту одлуку“,

¹⁷⁵² *Gorou v. Greece* (No. 2), ECtHR, App. no. 12686/03, Grand Chamber, 20 March 2009, para 41 – 42

¹⁷⁵³ Решење Врховног касационог суда Кзз 352/2019, решење Врховног касационог суда Кзз 730/2017, којима се упућује на тумачење материјалног кривичног закона (члан 246 став 1 КЗ, члан 234 КЗ).

¹⁷⁵⁴ Т. Васиљевић, М. Грубач (1990), стр. 569.

¹⁷⁵⁵ М. Шкулић, Г. Илић, део који је написао Г. Илић (2012), стр. 148.

У литератури се објашњавало да постоји дужност јавног тужиоца да подигне захтев за заштиту законитости како би била отклоњена повреда закона на штету окривљеног ако је реч о таквој повреди „која је по значају таква да доводи у питање саму одлуку“. В. Ђурђић, Д. Суботић, стр. 144.

¹⁷⁵⁶ С. Бркић, „Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2014, стр. 177.

¹⁷⁵⁷ М. Шкулић (2016 г), стр. 18.

¹⁷⁵⁸ М. Шкулић, Т. Бугарски, стр. 527.

док се истовремено омогућава да Врховни касациони суд „врши селекцију случајева“ о којима ће се мериторно одлучивати.¹⁷⁵⁹ Ограничење је, како се то истиче у правној теорији, „супротно и процесноправној логици“, јер у ствари, такав механизам подразумева да се већ у старту и без вођења правог поступка оцене (не)постојања разлога који се наводе у конкретном захтеву за заштиту законитости, констатује да постоји одговарајућа повреда закона, али да нема довољан степен релевантности, тј. да није од значаја за правилну и уједначену примену права.¹⁷⁶⁰

Према ставу Врховног касационог, захтев за заштиту законитости због повреде права на штету окривљеног одбацује се под условом да је „истакнута повреда закона истоветна повреди о којој се Врховни касациони суд већ изјаснио као *неосновано*ју раније донетој мериторној одлуци, решавајући о питању од значаја за правилну и уједначену примену права“.¹⁷⁶¹ Из става следи тумачење да је сврха члана 486 став 2 ЗКП и члана 487 став 1 тачка 4 ЗКП да се спречи поновно одлучивање о истом правном питању. Овим тумачењем не доводе се у питање претходно изнети закључци у погледу (не)уставности, потенцијалних негативних ефеката законске норме и у погледу поступка одлучивања – могућности да Врховни касациони суд не одлучује о захтеву за заштиту законитости поднетом у корист окривљеног упркос томе што утврди да задовољава основне формалне захтеве (благовременост, дозвољеност, прописани садржај) и нађе да постоји повреда закона (утврди да је захтев поднет „због *повреде закона*“ на основу члана 487 став 1 тачка 4 ЗКП), већ га *a priori* одбацује нећећи самостално значај повреде закона, без контрадикторног изјашњавања јавног тужиоца и браниоца, супротно основном правилу које допушта изјављивање овог правног лека због сваке повреде закона.

С друге стране, из практичне перспективе, у првом плану није видљиво убрзавање поступка пред Врховним касационим судом, посебно ако се има у виду да је у сваком конкретном случају потребно да се провери да ли постоји пресуда од значаја за уједначену примену права на коју се има упутити подносилац захтева. Уједно, питање мањег оптерећења највишег суда као легитимни циљ ограничења доведен је у питање, јер је поступак по захтеву за заштиту законитости начелно додатно оптерећен сужавањем повреда о којима другостепени суд води рачуна по службеној дужности. Осим тога, изостављањем регулисања да се захтев подноси првостепеном органу поступка, успорава у пракси ефикасност поступка.¹⁷⁶²

¹⁷⁵⁹ М. Шкулић, Т. Бугарски, стр. 526 – 527.

¹⁷⁶⁰ М. Шкулић (2020 а), стр. 448.

¹⁷⁶¹ Сентенца из решења Врховног касационог суда Кзз 69/2014 од 5.2.2014. године утврђена на седници Кривичног одељења 16.06.2014. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/15, Intermex, Београд, стр. 192 – 193.

¹⁷⁶² О томе: Н. Важић, стр. 355.

СЕДМО ПОГЛАВЉЕ

ПОСЕБНИ КРИВИЧНИ ПОСТУПЦИ

Посебни кривични поступци су кривични поступци уређени посебним правилима (*lex specialis*) у односу на правила општег (редовног) кривичног поступка. Главни предмет посебних кривичних поступака „увек представља *causa criminalis*, тј. кривично дело или дело које је противправно и законом прописано као кривично дело“.¹⁷⁶³ Ова основна карактеристика посебних кривичних поступака омогућава примену процесних гаранција правичног вођења поступка, сходном применом правила за редовни поступак или специфичним јемствима прилагођеним особеностима посебног поступка.

1. Скраћени поступак

Скраћени поступак води се по посебним правилима скраћеног кривичног поступка, а ако изостаје посебан пропис, примењују се остале одредбе којима се уређује редовни кривични поступак. Важност скраћеног поступка произлази из значајног броја кривичних дела – лакших и средње тешких (прописана као главна казна новчана казна или казна затвора до осам година), за која се скраћени поступак води, великог броја предмета у којима се скраћени поступак води и примене правила о скраћеном поступку и пред посебним одељењима Вишег суда у Београду.¹⁷⁶⁴ Значај скраћеног поступка је и у растерећењу судова, „директан допринос повећању квалитета суђења за теже кривичне случајеве“.¹⁷⁶⁵ За кривична дела за која је прописана казна затвора од осам година, примењује се обавезна одбрана, док је за остала кривична дела одбрана факултатива, осим уколико постоји други случај обавезне одбране, што у оквирима јавнотужилачких доказних радњи пре оптужења и сужене доказне улоге суда на главном претресу отежава положај окривљеног. Доктрина опомиње да су у случајевима необавезне одбране „начин извођења доказа и процена правне важности чињеница препуштени лаичком поимању“, те да се тада не може говорити о равноправности.¹⁷⁶⁶ У циљу омогућавања делотворне одбране окривљеног нарочито треба имати у виду да је потребно поучити окривљеног о праву да евентуално захтева да му се постави бранилац по основу имовинског стања, те брижљиво испитати да ли су испуњени услови за одбрану сиромашног окривљеног.

Скраћени поступак карактерише мањи степен сложености, поједине упрошћене форме поступања, па су одређена одступања од редовног кривичног поступка пре свега у

¹⁷⁶³ М. Шкулић (2020 а), стр. 456.

¹⁷⁶⁴ Проширена је примена правила скраћеног кривичног поступка. Према раније важећем законском решењу (законским изменама и допунама ЗКП из 2009. године), ова форма поступка била је предвиђена за кривична дела за која је била прописана новчана казна или казна затвора до пет година.

¹⁷⁶⁵ С. Бејатовић, „Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013, стр. 12.

¹⁷⁶⁶ В. Ђурђић, „Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013, стр. 65.

погледу претходних истрага (предузимање доказних радњи пре оптужења и уместо непосредног оптужења, унајкраћем могућем року, члан 499 став 2 ЗКП), састава суда (оптужни акт контролише и суди судија појединац, члан 22 став 1 ЗКП), обавезног садржаја оптужног акта (*кратак* опис дела, предлог које доказе треба извести са назначењем чињеница које би се имале доказати и којим од предложених доказа, али без образложења као обавезног елемента, члан 500 став 2 ЗКП), краћих рокова за предузимање процесних радњи (рокови за одређивање одржавања главног претреса из члана 504 став 1 ЗКП, рок од осам дана за изјављивање жалбе на пресуду из члана 509 став 1 ЗКП, краће трајање притвора пре оптужења из члана 498 став 2 ЗКП, краћи рок за контролу притвора из члана 498 став 4 ЗКП), рочишта ради упознавања са могућношћу упућивања на поступак медијације, ако се поступак води по приватној тужби (члан 505 став 1 ЗКП), могућности да се странке и оштећени одмах по објављивању пресуде одрекну права на изјављивање жалбе (члан 510 ЗКП), те могућности да писмено израђена пресуда не садржи образложење под условом да су се обе странке, оштећени и лице из члана 433 став 5 ЗКП по објављивању пресуде одрекли права на изјављивање жалбе и ако нико од њих није захтевао достављање пресуде (члан 429 став 1 тачка 1 и став 2 ЗКП). Специфичност у односу на редовни поступак је могућност да тужилачки сарадник предузима радње у поступку, те да заступа оптужни предлог (ако је за кривично дело прописана казна затвора до пет година) односно виши тужилачки сарадник (ако је за кривично дело прописана казна затвора до осам година).

Тежња за ефикаснијим поступком изражена у поједностављењу поступка мора да буде у равнотежи са правима окривљеног у кривичном поступку. У правној теорији се истиче да су управо права окривљеног граница упрошћавања процесне форме.¹⁷⁶⁷ Судија појединац по службеној дужности одмах по пријему оптужног акта контролише формалну исправност и основаност оптужног предлога односно приватне тужбе, што је гаранција да окривљени буде јасно и прецизно обавештен о оптужби и доказима против њега, као и спречавања да се против окривљеног води кривични поступак (одређивањем главног претреса, на основу члана 7 тачка 4 ЗКП) по незаконитој и неоснованој оптужби. Окривљени и бранилац, за разлику од редовног кривичног поступка, немају право да поднесу правно средство против оптужног акта, чиме се не задире у права и могућност одбране да на главном претресу предлаже издвајање незаконитих доказа, указује на материјалноправне недостатке оптужбе, доказну неутемељеност оптужбе и процесне сметње за вођење кривичног поступка.¹⁷⁶⁸

1.1. Главни претрес у одсуству оптуженог

Одржавање главног претреса у одсуству оптуженог у скраћеном кривичном поступку (члан 507 став 2 ЗКП – а), изузетак је од начела непосредности, расправности и ограничење начела правичности засновано на претпостављеном одрицању оптуженог од суђења у

¹⁷⁶⁷ Д. Радуловић, „Поједностављене форме поступања у новом кривичнопроцесном законодавству Црне Горе“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013, стр. 46.

¹⁷⁶⁸ Правила о скраћеном поступку садрже контрадикторне одредбе о приговору месне ненадлежности. Одбрана има право да стави приговор месне ненадлежности најкасније до почетка главног претреса (објављивање главне садржине оптужног предлога) на основу члана 504 став 3 ЗКП, док из члана 496 ЗКП, који управо регулише оцену месне надлежности, следи да после заказивања главног претреса странке не могу да истичу приговор месне ненадлежности, што свакако због случаја сумње треба тумачити у корист окривљеног (остваривања процесног права окривљеног).

присуству, примењено у погледу лакших кривичних дела. Материјални услов је да се оптуженом ставља на терет кривично дело за које је прописана као главна новчана казна или казна затвора до три године. Формални услови су: 1. суђење оптуженом, односно да је кривични поступак у фази главног претреса; 2. уредно позивање оптуженог и његов изостанак са главног претреса; 3. узимање изјаве од тужиоца; 5. оцена суда да присуство оптуженог није нужно; 4. претходно саслушање оптуженог.

Препорука Савета Европе о поједностављеним формама поступања у кривичном поступку¹⁷⁶⁹ указује државама чланицама да треба да размотре да дозволе претресним судијама на суђењу да одлуче да расправе случај у одсуству оптуженог под одређеним условима: 1. ако се поступак води за лакша кажњива дела, имајући у виду казну која се може изрећи; 2. да окривљени буде *уредно обавештен* о датуму расправе и о свом праву на правно заступање или на други начин.

У правној теорији различита су схватања у погледу претходног саслушања. Кнежевић указује да се овај услов везује за саслушање пре главног претреса.¹⁷⁷⁰ Грубач тумачи услов алтернативно, сматрајући да саслушање може да буде обављено: 1. „приликом вршења појединих истражних радњи“; 2. „на раније одржаном главном претресу, који је одложен или прекинут“ 3. „пред вишим судом, пре него што се огласио ненадлежним итд.“¹⁷⁷¹ Судска пракса налази да окривљени може да буде саслушан у складу са одредбама ЗКП – а пред јавним тужиоцем, да „није предвиђено да окривљени буде претходно саслушан пред судом, већ искључиво да буде саслушан“, те да окривљени може да буде саслушан „пред било којим органом поступка у складу са процесним одредбама које се односе на саслушање осумњиченог пред различитим органима поступка“.¹⁷⁷²

Нужност присуства оптуженог треба да се цени према начелу расправности и начелу једнакости „оружја“, у зависности од околности конкретног случаја, водећи рачуна пре свега да ли постоји сумња у законитост претходног саслушања и дате поуке окривљеном о правима на одбрану, да ли је оптужени признао извршење кривичног дела, да ли признање испуњава услове из члана 88 ЗКП, односно да ли постоје спорне чињенице и да ли се спори веродостојност доказа у предмету што би захтевало усмену расправу,¹⁷⁷³ у присуству оптуженог.

Важна заштитна процесна гаранција положаја оптуженог и његовог одрицања од права у случају одржавања главног претреса у одсуству оптуженог је поука оптуженом да у случају његовог изостанка постоји могућност да се одржи главни претрес у његовом одсуству. Битно је да оптужени зна да му се суди, односно да је свестан суђења, да је благовремено обавештен о суђењу, да је информисан о последицама недоласка – да може да му се суди на главном претресу у одсутности, што подразумева да поступак може да резултира пресудом о његовој кривици.¹⁷⁷⁴ Иако није изричито одређено, сматрамо да је неопходно с обзиром на основно правило суђења у присуству, доношење решења судије (бар на записник) да ће се главни претрес одржати у одсуству оптуженог. На овај начин оптужени

¹⁷⁶⁹ CM/Rec No. R (87) 18 *concerning the simplification of criminal justice*, 17 September 1987

¹⁷⁷⁰ С. Кнежевић (2014), стр. 97.

¹⁷⁷¹ М. Грубач (2008), стр. 504.

¹⁷⁷² Пресуда Врховног касационог суда Кзз 803/2019 5.9.2019. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-8032019-nezakoniti-dokazi>, приступљено 16. новембра 2020. године

¹⁷⁷³ *Jussila v. Finland*, ECtHR, App. no. 73053/01, 23 November 2006, para 41

¹⁷⁷⁴ На значај информисања оптуженог коме се може судити у одсутности указује Директива ЕУ. Вид. Directive (EU) 2016/343, Рецитал (36)

и суд који евентуално одлучује по правном леку са извесношћу знају да је примењен овај изузетак од правила суђења у присуству. У судској пракси сматра се да је захтев образложене судске одлуке испуњен ако су у решењу о одржавању главног претреса у одсуству или у првостепеној пресуди наведени разлози за оцену да присуство оптуженог није нужно.

1.2. Притвор у скраћеном поступку

Доношењем решења о одређивању притвора у скраћеном поступку пре подношења оптужног предлога, сматра се да је започео кривични поступак (члан 7 став 1 тачка 3 ЗКП). Доктрина објашњава да је ово законско решење „својеврсан модус“ увођења материјалне оптужбе у кривични поступак, односно оптужбе прихваћене у пракси Европског суда за људска права¹⁷⁷⁵. Пре подношења предлога за одређивање притвора, јавни тужилац саслушава осумњиченог у погледу кривичног дела које му се ставља на терет, претходно га обавештавајући о оптужби садржаној у опису догађаја у кривичној пријави. Иако садржај предлога за одређивање притвора није формално уређен, у пракси нема дилема о потребном садржају. У предлогу се наводи кривично дело које се осумњиченом ставља на терет, предлаже се одређивање притвора и разлог за одређивање притвора. Разлози за одређивање притвора образлажу се навођењем доказа и података, а судији за претходни поступак уз кривичну пријаву и прилоге достављају се докази прикупљени у предистражном поступку укључујући записник о саслушању осумњиченог пред замеником јавног тужиоца ради оцене постојања основане сумње и разлога за одређивање притвора.

Сужавање разлога за одређивање притвора у односу на редовни кривични поступак искључиво је у погледу разлога за одређивање притвора због тежине кривичног дела по пресуђењу – у случају изрицања казне затвора од пет година или теже казне и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела. Разлози за одређивање притвора у скраћеном поступку према раније важећем ЗКП – у, битно су били сужени. Нису обухватили очигледно избегавање уредно позваног оптуженог да дође на главни претрес, опасност од доказне опструкције, одређивање притвора због тежине кривичног дела¹⁷⁷⁶. Превентивни разлог био је додатно ограничен – односио се на кривично дело за које се могла изрећи казна затвора од три године до пет година. Проширивање разлога за одређивање притвора може се сматрати оправданим ако се узме у обзир да се скраћени поступак сада води и за кривична дела за која је забрањена казна затвора од пет до осам година, али с обзиром да је реч о лакшим кривичним делима у односу на кривична дела за која се води редовни кривични поступак и да притвор утиче на положај окривљеног у кривичном поступку, нужност и неопходност одређивања и продужења притвора потребно је још рестриктивније да се цени.

Трајање притвора пре подношења оптужног акта краће је у односу на трајање притвора у истрази. Притвор може да траје онолико колико је то потребно да се спроведу доказне радње, а најдуже 30 дана. Изузетно, притвор се може продужити за још 30 дана на образложен предлог јавног тужиоца ако се кривични поступак води за кривично дело за које

¹⁷⁷⁵ М. Шкулић, Т. Бугарски, стр. 541.

¹⁷⁷⁶ Овај основ је био другачије утврђен у односу на важећи Законик. Притвор се могао одредити ако је: 1. за кривично дело „прописана казна затвора преко десет година, односно преко пет година за кривично дело са елементом насиља и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела“; 2. „пресудом првостепеног суда лицу изречена казна затвора од пет година или тежа казна и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела“.

се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна. Запажа се да правило о предузимања доказних радњи у *најкраћем могућем* року пре него што јавни тужилац донесе одлуку да ли ће подићи оптужни предлог или одбацити кривичну пријаву (члан 499 став 2 ЗКП) није у складу са правилом о трајању притвора пре доношења оптужног предлога и да доводи у питање и право окривљеног на суђење у разумном року.¹⁷⁷⁷ Према претходно важећем законском решењу, трајање притвора пре оптужења било је ограничено на постојање потребе спровођења истражних радње, али притвор није могао да траје дуже од осам дана. Изузетно, притвор је могао трајати до 30 дана ако се окривљеном стављало на терет кривично дело са елементима насиља.

Додатно се захтева да јавни тужилац у предлогу за продужење притвора образложи да је продужење притвора потребно ради прикупљања доказа који из оправданих разлога нису прикупљени. У предлогу се наводи да је у даљем току поступка неопходно да се испитају сведоци на околности извршења кривичног дела које се осумњиченом ставља на терет, изради налаз и мишљење вештака и због чега у року од 30 дана докази нису прикупљени, односно које је све радње и мере јавни тужилац предузео да се докази благовремено прибаве. Без обзира на притворски основ, оцена јавног тужиоца да је потребно пре оптужења да се предузму доказне радње и време предузимања доказних радњи фактички отежава положај осумњиченог иако има браниоца. Због тога је потребно да осим оцене нужности и неопходности одређивања притвора, судија за претходни поступак и ванпретресно веће у поступку по жалби цене постојање оправданог разлога за неприкупљање доказа у року од 30 дана. Овим поступањем, суд осим пружања гаранција у погледу трајања притвора штити и начело једнакости „оружја“. По оптужењу притвор се увек контролише на 30 дана.

2. Рочиште за изрицање кривичне санкције

Рочиште за изрицање кривичне санкције сумарнија је форма поступка од скраћеног поступка¹⁷⁷⁸, чија је сврха да се додатно поједностави поступак изостављањем главног претреса, убрза окончање кривичног поступка и тиме избегну трошкови суђења. По својој

¹⁷⁷⁷ Т. Бугарски, „Скраћени поступак“, *Реформа кривичног права*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Копаоник 2014, стр. 133.

¹⁷⁷⁸ Објашњава се да је реч о “једној самосталној сумарној процесној форми“ иако је регулисана у оквиру скраћеног поступка. Вид. М. Шкулић, Т. Бугарски, стр. 547.

Након пријема оптужног предлога који садржи захтев за одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције, у пракси уочавамо недоумицу о овлашћењима суда након пријема захтева, јер захтев није самостални оптужни акт, већ се ставља у оптужном предлогу (члан 512 став 1 ЗКП) и утврђена је посебна процедура за испитивање захтева (члан 513 став 2 ЗКП) и одређивање рочишта (члан 515 ЗКП). Јавља се као спорно питање да ли је суд овлашћен да одмах по пријему оптужног предлога са захтевом испитује да ли је оптужни предлог прописно састављен (члан 501 ст. 1 – 3 ЗКП), те да ли је потребно боље разјашњење стања ствари да би се испитала основаност оптужног акта (члан 501 ст. 5 – 7 ЗКП) или судија после испитивања захтева има искључиво могућност да одреди главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције (члан 513 став 2 ЗКП). Законик о кривичном поступку се у одредби члана 513 став 1 ЗКП посредно позива на поступак испитивања оптужног предлога, па је несумњиво да испитивању захтева претходи поступак испитивања оптужног предлога, те да се након уређења оптужног предлога и предузимања одређених доказних радњи може приступити испитивању захтева и накнадно одредити рочиште за изрицање кривичне санкције. Уредан оптужни акт предуслов је за остваривање права окривљеног да се јасно и прецизно информише о оптужби достављањем оптужног предлога, док се претходном контролом оптужног предлога, окривљени (нарочито окривљени који нема браниоца) штити од незаконитих и неоснованих оптужних аката.

правној природи је мандатни кривични поступак.¹⁷⁷⁹ Води се искључиво ако се суд након испитивања сагласи са захтевом јавног тужиоца за изрицање кривичне санкције. Изрицање кривичне санкције условљено је сагласношћу суда, одрицањем оптуженог (изричитим, прећутним) од права на суђење и расправу пред судом и сагласношћу оптуженог са кривичном санкцијом. У државама некадашње СФРЈ, овај поступак назива се поступком за издавање казног налога, осим у Црној Гори у којој се уређује „поступак за изрицање кривичне санкције без главног претреса“ (члан 461 – 464 ЗКП ЦГ)¹⁷⁸⁰. Специфични основи заснивања овог посебног поступка су: „довољност доказне грађе, сагласност процесних субјеката о избору форме поступка и њихова сагласност о кривичној санкцији“.¹⁷⁸¹

Предвиђени су материјални и формални услови за вођење ове додатно поједностављене форме поступка. Материјални услов односи се на предмет поступка и сложеност: 1. поступак може да се води за кривична дела за која је забрањена новчана казна или казна затвора до пет година; 2. у случају уверења јавног тужиоца да одржавање главног претреса није потребно, с обзиром на сложеност предмета и прикупљених доказа, а нарочито ако је окривљени ухапшен *in flagranti* или признао извршење кривичног дела које му се ставља на терет, а које се засебно износи у оптужном предлогу. Формални услов је: 1. захтев јавног тужиоца за одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције у оптужном предлогу; 2. ограничење у погледу предлога за изрицање кривичне санкције – ако јавни тужилац предложи суду да изрекне окривљеном кривичну санкцију у зависности од признања окривљеног и тежине кривичног дела које му се ставља на терет према правилима из члана 512 став 3 ЗКП; 3. признање окривљеног потребно је ако се окривљеном ставља на терет кривично дело за које је забрањена казна до пет година.

Право на правично суђење и његови аспекти не примењују се у пуном обиму, који карактерише главни претрес у редовном и скраћеном кривичном поступку. Ипак, поступак одликују елементи начела расправности и једнакости „оружја“. Странке и бранилац се позивају на рочиште. Оптужени се истовремено обавештава о оптужби достављањем оптужног предлога и позива на рочиште. Правила о достављању позива имају заштитне гаранције положаја оптуженог на рочишту (члан 515 ЗКП). Најмање пет дана мора да остане између дана достављања позива оптуженом и дана одржавања рочишта. Садржи претходно *упозорење* оптуженом да ће се рочиште одржати: 1. ако уредно обавештен оптужени не дође на рочиште; 2. ако не дође бранилац оптуженог на рочиште, а ради се о случају да није обавезна одбрана. Процедура на рочишту је најједноставнија, јер се не изводе докази. Не обухвата доказни поступак. Поједностављење поступка не односи се на претпоставке за саслушање окривљеног. Оптужени се поучава о процесним правима и упозорава на процесне дужности, а његова изјава о браниоцу уноси се у записник.

Јавни тужилац сажето излаже доказе којима располаже, о врсти и мери кривичне санкције. Затим, оптужени се изјашњава о наводима јавног тужиоца уз претходно дата упозорења суда о последицама саглашавања са наводима јавног тужиоца, нарочито да се

¹⁷⁷⁹ С. Бркић, „Поводом деценије постојања мандатног кривичног поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, стр. 400 – 401.

¹⁷⁸⁰ Овај поступак се води ако се окривљеном ставља на терет лакше кривично део (као главна казна прописана новчана казна или затвор до три године). Решење о кажњавању се доноси: 1. ако постоји сагласност суда о предлогу државног тужиоца; 2. ако је окривљени претходно саслушан и дао пристанак. Решењем се не може изрећи казна затвора, већ новчана казна, рад у јавном интересу, условна осуда или судска опомена и уз њу одузимање имовинске користи и мера безбедности одузимања предмета и/или забрана управљања моторним возилом.

¹⁷⁸¹ С. Бркић (2011), стр. 407.

саглашавањем практично одриче права које је елемент правичног суђења, да поднесе правно средство односно правни лек против пресуде (приговор и жалбу против пресуде). Важно је претходно проверити да ли је оптужени разумео оптужбу и дата упозорења, да ли је свестан последица саглашавања са наводима јавног тужиоца, разлику између рочишта за изрицање кривичне санкције и главног претреса, да не може да изјави правно средство против пресуде, јер практично даје изјаву о признању и саглашава се са наводима и предлогом јавног тужиоца у погледу кривичне санкције.

Након окончања рочишта судија: 1. доноси осуђујућу пресуду (оптужени се саглашава са предлогом јавног тужиоца, оптужени се не одазива на позив за рочиште – „мандатна казна“); 2. наредбом одређује главни претрес (одсуство саглашавања оптуженог или судија не прихвата предлог јавног тужиоца). Оптужени има право на приговор против осуђујуће пресуде у року од осам дана од дана достављања, искључиво ако се није одазвао на позив за рочиште. У овом случају оптужени има право на приступ суду тражећи да се води скраћени кривични поступак. Садржај приговора није посебно регулисан. Оптужени приговором у суштини захтева да се закаже и одржи главни претрес. Тиме уједно указује да није сагласан да му се изрекне предложена кривична санкција и да је његова стварна воља да расправља о предмету оптужбе.

Пресуда треба да садржи поуку оптуженом о праву на приговор. Ако се не одбаци приговор као неблагоприятан или недозвољен, судија се фактички саглашава са приговором и одређује главни претрес. Додатна гаранција положаја оптуженог коме се осуђујућом пресудом изриче кривична санкција је да је против решења о одбацивању приговора дозвољено изјављивање жалбе кривичном ванпретресном већу (члан 518 став 4 ЗКП).

3. Поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења

Поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења, као самосталних кривичних санкција, води се према лицима која су у стању неурачунљивости учинила противправно дело у закону одређено као кривично дело. Сврстава се у посебне кривичне поступке, јер се у њему решава да ли је учињено противправно дело законом предвиђено као кривично дело и да ли су испуњени услови утврђени Кривичним закоником да се изрекне мера безбедности медицинско – психијатријског карактера, те која мера безбедности психијатријског карактера треба да се изрекне.¹⁷⁸² У овом кривичном поступку, примењују се правила доказивања, оцене доказа и утврђивања чињеница, те је за доношење решења о изрицању мере потребно да је чињенично стање несумњиво утврђено, односно да је доказано по доказном стандарду извесности да је учинилац учинио противправно дело законом одређено као кривично дело. Против решења о изрицању мере безбедности психијатријског карактера, дозвољено је изјављивање жалбе лица која су овлашћена за

¹⁷⁸² Закон о заштити лица са менталним сметњама, *Сл. гласник РС*, бр. 45/2013, уређује поступак лечења лица са менталним сметњама без његовог пристанка (задржавање без пристанка и смештај без пристанка у психијатријску установу). Материјални услови за ову меру су: 1. озбиљна и конкретна опасност од угрожавања – лице са менталним сметњама „услед менталних сметњи *озбиљно и директно угрожава сопствени живот или здравље или безбедност, односно живот или здравље или безбедност другог лица*“; 2. супсидијарни карактер мере и начело сразмерности – примењују се ако „*нису на располагању мање рестриктивни начини за пружање здравствене заштите*“; 3. *ultima ratio* карактер мере – мера је једини начин да се обезбеди лицу „*неопходна медицинска мера*“, а траје све док трају здравствени разлози за примену (члан 21 став 1 и 3 ЗЗЛМС). Формални услов је да о задржавању у психијатријској установи одлучује суд (члан 27 став 1 ЗЗЛМС).

изјављивање жалбе против пресуде (странке, бранилац, оштећени, лица у корист оптуженог), у року од осам дана од дана пријема решења (члан 528 ЗКП).

Основ за изрицање мере обавезног психијатријског лечења у здравственој установи је да се констатује да постоји *озбиљна опасност* да неурачунљив учинилац учини *теже кривично дело* и оцена да је *ради отклањања те опасности* потребно његово лечење у одговарајућој здравственој установи. Услови за изрицање мере не обухватају формална ограничења у погледу тежине учињеног дела и природе кривичног дела од којег прети опасност.¹⁷⁸³ Мера обавезног психијатријског лечења на слободи изриче се ако се у поступку утврди постојање озбиљне опасности да ће учинилац да учини противправно дело у закону одређено као кривично дело и да није нужно лечење које подразумева вид лишавања слободе да би се она отклонила. Мера се изриче ако се оцени да је у циљу отклањања ове опасности *довољно* да се учинилац лечи на слободи.

У правној теорији објашњава се да се „таква кривична санкција изриче не само због учињеног противправног дела одређеног законом као кривично дело у *прошлости*, већ и због постојања одређеног релевантног ризика у односу на поновљено чињење таквог дела у *будућности*“.¹⁷⁸⁴ Реч је о процени „опасног карактера лица“, по друштво (и себе), на основу мишљења стручњака, те да ли је потребно да се издвоји из друштва. Суд утврђује да ли је учинилац опасан по друштво и у којој мери, због чега је значајна оцена његовог стања у тренутку изрицања мере.

Лице против кога се води кривични поступак означава се изразом „окривљени“ (члан 2 став 1 тачка 2 ЗКП) и „оптужени“ (члан 2 став 1 тачка 2, чл. 525 – 526 ЗКП), што се оспорава у правној теорији и неретко у судској пракси, јер се ради о неурачунљивом лицу које *не може бити оглашено „кривим“*, против кога није поднета оптужница односно оптужни предлог.¹⁷⁸⁵ Процесна је последица изостанка кривице неурачунљивог учиниоца, елемента објективно – субјективног појма кривичног дела прихваћеног у нашем материјалном кривичном законодавству, да се учинилац у поступку не оглашава кривим. Ако се докаже да је учињено противправно дело које је законом предвиђено као кривично дело то се и констатује решењем, те утврђује да ли су испуњени законски услови за примену правила о изрицању мере безбедности психијатријског лечења према неурачунљивом учиниоцу.

Процесни положај окривљеног, гаранције начела једнакости „оружја“, као и правни положај учиниоца специфични су у поређењу са редовним кривичним поступком и могу се довести у питање у нормативном и практичном смислу. Кривични поступак сматра се покренутим, ако је судија у овом поступку одредио главни претрес (члан 7 став 1 тачка 5

¹⁷⁸³ Словеначко кривично законодавство утврђује услове за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи: 1. учињено дело за које је прописана казна од *најмање годину дана*; 2. на основу тежине учињеног дела и поремећености учиниоца, установи се да би могао да учини „*неко тешко кривично дело против живота, тела, полног интегритета или имовине*“; 3. опасност могуће отклонити само лечењем и чувањем на форензичко – психијатријском одељењу здравствене установе, која испуњава посебне законом установљене безбедносне услове (члан 70 а став 1 Казненог законика Словеније, *Kazenski zakonik*, Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečišćeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20).

¹⁷⁸⁴ Вид.: М. Шкулић, „Мере безбедности и начело кривице у кривичном законодавству Србије“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2017, стр. 55 – 56.

¹⁷⁸⁵ У судској пракси се неретко уместо коришћења законског процесног израза „окривљени“, током поступка и у решењу којим се изриче мера психијатријског лечења, означава материјалноправним изразом „учинилац“.

ЗКП) након што је јавни тужилац поднео суду предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи односно предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи, без законског захтева у погледу процесно релевантног степена сумње *за покретање овог типа кривичног поступка*. За разлику од словеначког законодавства, у коме се предвиђа правно средство одбране против предлога (приговор против предлога за изрицање мере безбедности из члана 491 став 4 ЗКПС), нису утврђена правила о контроли предлога за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења (оцена формалне исправности, законитости доказа на којима се предлог заснива, постојања трајних или привремених сметњи за гођење, процесно релевантан степен сумње да је учињено противправно дело у закону одређено као кривично дело), али се на основу правила о покретању кривичног поступка и сходном применом „осталих одредаба овог законика“, закључује да је потребно да се суд „сложио“ са овим оптужним актом након његове формалне и материјалне контроле у овом поступку.¹⁷⁸⁶ Сходна примена подразумева примену правила о контроли оптужнице односно оптужног предлога, водећи рачуна о специфичностима предмета поступка (дело у објективном смислу). Предлог за изрицање мере безбедности треба да буде потпун и уредан, што се осим предлога за изрицање мере безбедности психијатријског карактера нарочито односи на опис дела у диспозитиву оптужног акта који треба да садржи опис како објективних тако и субјективних обележја бића кривичног дела.¹⁷⁸⁷

У кривичноправној теорији поставља се питање да ли је оправдано да се ове мере психијатријског лечења задрже у оквиру кривичних санкција или да се елиминишу из система кривичних санкција и остану у домену редовног облика здравствене заштите (принудног лечења лица са менталним сметњама) или је довољно да се измене законска правила у кривичном закону, правила кривичног поступка и промени поступак извршења ових кривичних санкција.¹⁷⁸⁸ Основна примедба у правној теорији је неусклађеност са начелом кривице мера безбедности психијатријског лечења које се изричу неурачунљивом учиниоцу за учињено противправно дело у закону одређено као кривично дело и „неказнени карактер мера“, те се указује да је једно од могућих решења да се одреде као посебне мере ван домена кривичних санкција.¹⁷⁸⁹ У законодавству држава некадашње СФРЈ учачамо

¹⁷⁸⁶ Неприхватљиво је са аспекта положаја „окривљеног“ да суд након пријема предлога за изрицање мере по аутоматизму заказује главни претрес, што би значило да искључиво јавни тужилац одлучује о покретању и вођењу овог поступка у којем је положај „окривљеног“ нарочито осетљив, а да се кривични поступак покреће ако се претходно утврди биолошки и психолошки основ за оцену неурачунљивости, те да се може водити без релевантног степена сумње (који се захтева за оптужење у редовном кривичном поступку) у погледу обележја бића кривичног дела из предлога за изрицање мере психијатријског лечења.

¹⁷⁸⁷ О обавезном утврђивању умишљаја и нехата као субјективних обележја бића кривичног дела од којих зависи „постојање (или врста) противправног дела у закону предвиђеног као кривичног дела“, те у једном „природном смислу“ вид. З. Стојановић, *Коментар кривичног законика: према стању Кривичног законика од 1. децембра 2019. године и према стању законодавства од 24. децембра 2019. године*, Десето допуњено издање, Службени гласник, Београд 2020, стр. 358 – 359.

¹⁷⁸⁸ Стојановић издваја правне и практичне разлоге у прилог задржавања ових кривичних санкција: 1. „потреба познавања кривичног права за примену ових мера и решавање неких кривичноправних питања“; 2. проблем прописивања и примене других мера према неурачунљивом учиниоцу и њиховог самосталног изрицања; 3. кривично право и кривични суд „пружају највећи степен гаранција“ у погледу исправне и неопходне примене пре свега мере обавезног психијатријског лечења у здравственој установи; 4. разлози целисходности; 5. искуства у државама у којима су ове психијатријске мере елиминисане из система кривичних санкција. О томе: З. Стојановић, „Мера безбедности психијатријског лечења – Принудно психијатријско лечење као кривична санкција, *Crimen* 2/14, стр. 166 – 167.

¹⁷⁸⁹ Шкулић објашњава да би због значаја начела кривице у српском кривичном праву и уједно савременом кривичном праву, те неказненог карактера ових мера безбедности медицинског карактера, које се свде на одговарајуће медицинске третмане, можда било најједноставније, а суштински сасвим прикладно за

различита определења у погледу мера према неурачунљивим учиниоцима (кривичне санкције или посебне мере) и поступка према неурачунљивим учиниоцима.¹⁷⁹⁰

Доктрина опомиње да се криминално – политички може довести у сумњу и да је неспојиво са начелом кривице да мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у одговарајућој здравственој установи, када се изриче уз казну затвора према учиниоцу који је кривично дело учинио у стању битно смањене урачунљивости, „може трајати неограничено и без обзира на дужину изречене казне затвора“, а да има основа и за размишљање и о „ограничавању трајања и онда када је изречена неурачунљивом учиниоцу“, те да је могуће унети решење да се „одређује време њеног трајања“ приликом изрицања, уз могућност да се након истека времена трајања новом одлуком суда продужи.¹⁷⁹¹ Основни проблем је противност ове врсте кривичних санкција са начелима кривичног права, начелом кривице¹⁷⁹² и праведности и сразмерности¹⁷⁹³, јер се изриче према лицу које није криво за

усклађивање начела кривице и система кривичних санкција, да се за почетак „*такве мере и формално дефинишу као мере посебне врсте које не спадају у кривичне санкције*“, те да се ово питање у некој будућој реформи реши на другачији начин који би у основи подразумевао потпуније искључење кривичноправног система у односу на неурачунљиве учиниоце. Такође, уочава да би се могао развити концепт да се кривични суд ограничи на констатовање да је неурачунљив учинилац учинио противправно дело у закону одређено као кривично дело (*нека врста претходног питања*), а да потом други облик суда (ванпарнични суд) таквом учиниоцу одреди конкретну меру психијатријског лечења. Вид. М. Шкулић (2017 а), стр. 33 – 34.

¹⁷⁹⁰ Примењују се и другачији модели у односу на наше законодавство: суд утврђује пресудом да је учињено противправно дело законом одређено као кривично дело и доноси посебно решење о привременом присилном смештају у трајању од шест месеци, а тужилац у складу са посебним законом упућује обавештење надлежном суду за покретање поступка о присилном смештају (члан 389 ЗКП БИХ, члан 410 ЗКП ФБИХ, члан 389 ЗКП БД БиХ); суд доноси пресуду којом утврђује да је оптужени учинио противправно дело у стању неурачунљивости и да су испуњени услови за одређивање присилног смештаја према посебном закону, те одређује присилни смештај у психијатријској установи, а након што пресуда постане правноснажна и извршна председник већа потребне списе доставља надлежном суду за поступак присилног смештаја према посебном закону (члан 549 – 555 ЗКП Хрватске).

¹⁷⁹¹ З. Стојановић (2020), стр. 361.; З. Стојановић (2014), стр. 168.

Додатни, фактички проблем у случају изрицања мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи је да често не може унапред да се одреди дужина трајања лечења ових учинилаца, с обзиром да је лечење индивидуално и клиничка слика појединих облика душевних болести може да се санира након краћег времена, у прогностички најповољнијем случају, али може да траје и у вишегодишњем периоду, док је карактеристика неких форми душевног обољења дуготрајност лечења. Ранији теоретичари су управо овим аргументима оправдавали став о потреби неограниченог трајања мере безбедности. Ипак, *ipso iure* ограничено трајање мере не спречава покретање поступка лечења лица са менталним сметњама без његовог пристанка, у оквиру здравствене заштите, те доношење одлуке суда о задржавању без пристанка и смештају без пристанка у психијатријску установу.

Трајање мере регулисано је Закоником о кривичном поступку, у вези поступка извршења решења о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења. Оправданост даљег лечења и чувања у здравственој установи, те даљег трајања мере контролише на девет месеци по службеној дужности суд који је судио у првом степену. Додатно, оправданост даљег лечења контролише суд и по предлогу здравствене установе, органа старатељства или окривљеног коме је изречена мера безбедности (члан 531 став 1 ЗКП).

Закон о извршењу кривичних санкција одређује другачије рокове за контролу здравственог стања лица према коме се извршава мера. Обавеза је здравствене установе, односно одељења да најмање једном годишње обавештава суд о стању здравља лица према коме се примењује мера безбедности психијатријског лечења и чувања, а ако се примењује лечење на слободи најмање на сваких шест месеци (члан 198, члан 204 став 1 ЗИКС, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019).

¹⁷⁹² У кривичноправној теорији се дефинише да начело кривице подразумева да „неко може да одговара за своје поступке само ако је крив, ако постоји субјективни однос према учињеном делу (субјективна

извршење кривичног дела, а неограниченог је трајања и њена садржина је вид лишења слободе, принудно лечење.

У пракси ЕСЉП формулишу се три основна начела обавезног принудног затварања, вида лишења слободе лица са „поремећајима ума“: 1. поуздано доказивање да лице има „умни поремећај“; 2. „умни поремећај“ мора бити врсте или степена који оправдава принудно затварање; 3. валидност даљег трајања затварања зависи од трајања тог поремећаја.¹⁷⁹⁴ У судској пракси, у изреци решења којим се изриче мера наводи се специјализована здравствена установа у којој ће се изршавати мера безбедности психијатријског лечења (у највећем броју случајева Специјална затворска болница у Београду) и да ће се мера обуставити када се утврди да је престала потреба за лечењем и чувањем учиниоца у здравственој установи, што је основни захтев лишења слободе по основу душевног стања, трајања лишења слободе по овом основу и у погледу места и услова у којима ће се мера овог типа извршити, али и својеврсан вид поуке учиниоцу према коме се извршава мера.

Суд приликом изрицања мере начелно није везан предлогом јавног тужиоца у погледу врсте мере безбедности нити предлогом вештака у налазу и мишљењу, иако мишљење вештака има доминантан значај у погледу утврђивања неурачунљивости, основа за изрицање мере и избора врсте мере. Због тога је уједно у пракси изражена процесна улога суда у погледу отклањања евентуалних недостатака у налазу и мишљењу вештака (испитивањем вештака, одређивањем допунског вештачења односно одређивањем новог вештачења).¹⁷⁹⁵ Према налазу и мишљењу, пре свега комисије вештака стручне установе, суд цени услове одређене у материјалном кривичном праву (члан 81 и 82 КЗ) за изрицање ових мера, а нарочито када је реч о мери затвореног типа да ли су кумулативно испуњени сужени услови из члана 81 став 1 КЗ: 1. „постојање *озбиљне опасности* да учинилац учини *тежекривично дело*“ (што није услов када је реч о мери психијатријског лечења на слободи); 2. нужност изрицања мере односно да је лечење у специјализованој установи потребно у циљу отклањања ове опасности.

одговорност)“. 3. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Двадесет седмо допуњено и измењено издање, Универзитет у Београду – Правни факултет 2020, стр. 24

¹⁷⁹³ Казна, али и „друга кривична санкција која се примењује према учиниоцу кривичног дела мора бити праведна и сразмерна учињеном кривичном делу“ *Ibid.* стр. 27.

¹⁷⁹⁴ *Luberti v. Italy*, ECHR, App. no. 9019/80, 23 February 1984, para 27.

¹⁷⁹⁵ Нарочито ако се предлаже мера безбедности психијатријског лечења у здравственој установи, на основу општег законског овлашћења које се утврђује органу поступка (члан 124 ЗКП), суд треба да контролише да ли постоје недостаци у налазу и мишљењу (нејасан, непотпун, погрешан, противречан налаз, нејасно и противречно мишљење) и наређује отклањање недостатака по службеној дужности, одмах након подношења предлога за изрицање мере безбедности, наређивањем јавном тужиоцу да одреди допунско вештачење или вештачење стручне установе ако јавни тужилац није одредио да вештачи здравствена установа на основу члана 525 став 1 ЗКП. Суд је (као орган поступка) овлашћен да на главном претресу по предлогу странака или изузетно по службеној дужности, с обзиром на резултате изведених доказа нареди отклањање недостатака. Прва могућност (по пријему предлога за изрицање мере безбедности) представља „сугестију“ странци, конкретно јавном тужиоцу да нареди отклањање недостатака у налазу и мишљењу ради разјашњења стања ствари, сходно примењујући правила о контроли оптужбе. Спорно је постојање дужности суда да поступа на овај начин, немогућност да се странка „принуди“ да поступи по налогу суда и дужност „самоактивирање суда“ у погледу испитивања вештака, одређивања допунског или новог вештачења на главном претресу, ако изостане страначки предлог, имајући у виду непотпуна, нелогична и неусаглашена правила о доказивању из члана 15 став 3 ЗКП, што практично може да отежа „доказивање/утврђивање урачунљивости“. О томе: М. Шкулић (2017а), стр. 53.

Заштитна гаранција одлучивања о инвазивном задирању у основна права и слободе лишавањем слободе и принудним лечењем лица је практична мера одређивања сложеног вештачења односно вештачења стручне установе, ако постоји сумња да је урачунљивост искључена. Ова гаранција посредно произлази и из законског правила о присуству на главном претресу. Обавезно је позивање вештака из „здравствене установе којој је било поверено вештачење о урачунљивости оптуженог“ (члан 525 став 1 ЗКП). Формални захтев налаза и мишљење вештака гаранција је веродостојности податка о душевном стању и елемента „опасности“ учиниоца.¹⁷⁹⁶ Полазећи од значаја питања изрицања мере безбедности психијатријског карактера затвореног типа за окривљеног, сложености психијатријског вештачења и делотворне реализације права на одбрану да контролише вештачење, чини се оправданим разматрање проширивања права стручног саветника на присуство вештачењу коме не могу странке да присуствују (вештачење од стране стручних установа)¹⁷⁹⁷, иако вештачење установе пружа додатне гаранције веродостојности налаза и мишљења вештака.

Специфичност овог кривичног поступка је да се „оптужени“ позива на главни претрес ако је његово стање такво да може да присуствује главном претресу, те да се може судити без његовог присуства (члан 525 ЗКП). Председник већа ће по потреби претходно да испита вештака који је обавио психијатријски преглед оптуженог. Вештак се испитује пре свега у погледу извршеног прегледа, медицинске документације, по потреби након што је извршио увид у списе предмета. Износи мишљење да ли је тренутно здравствено стање „оптуженог“ такво да је способан да присуствује главном претресу, прати његов ток и износи одбрану. Изјашњава се да ли је „оптужени“ с обзиром на стање, способан да схвати природу и сврху кривичног поступка, да разуме поједине процесне радње и њихове последице, те да сам, односно уз помоћ браниоца (која је обавезна) врши функцију одбране. У стручној пракси се указује, позивајући се на начела једнакости „оружја“ и контрадикторности због значаја питања о коме се решава (присуство окривљеног главном претресу и могућност да остварује процесна права током поступка), на неопходност да се одбрани омогући да делотворно оспорава мишљење вештака уз помоћ стручног саветника одбране и да се одбрана изјасни о овом питању, те да изнесе примедбе на мишљење вештака пре доношења одлуке.¹⁷⁹⁸

У погледу мишљења вештака, реализација захтева начела једнакости „оружја“ је да се пре отпуштања окривљеног из заседања пружи једнака прилика јавном тужиоцу и браниоцу да се изјасне о мишљењу вештака. „Оптужени“ ће се саслушати ако то његово стање дозвољава. У циљу додатне заштите положаја окривљеног чије саслушање није могуће, изричито се прописује законска претпоставка да ће се сматрати да оспорава наводе оптужбе. Законски заступник „оптуженог“ обавештава се о главном претресу, а ако га нема обавестиће се његов брачни друг или друга лица (са којим живи у ванбрачној заједници или другој заједници живота, сродници по крви у правој линији, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранитељ) која имају право да изјаве жалбу у његову корист. Подношење предлога за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења основ је за обавезну одбрану (члан 74 став 1 тачка 7 ЗКП), с обзиром на душевно стање окривљеног, од подношења

¹⁷⁹⁶ Trechsel, стр. 449.

¹⁷⁹⁷ Драган Јоцић, Дијана Јанковић, „Стручни саветник као субјекат психијатријског вештачења: процесни положај и допринос вештачењу“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2017, стр. 116 – 117.

¹⁷⁹⁸ Ј. Тинтор, „Бранилац окривљеног као субјект поступка одлучивања о мерама безбедности медицинског карактера“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2017, стр. 102.

предлога до правноснажног окончања кривичног поступка (правноснажности решења којом се изриче мера безбедности обавезног психијатријског лечења, одбијајуће или ослобађајуће пресуде, односно решења којим се обуставља поступка за примену мере безбедности).

3.1. Одређивање притвора и привремено смештање у здравствену установу или просторију

Специфичност поступка за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења је основ за одређивање притвора, поступак одлучивања о притвору и извршење мере притвора. Европски суд за људска права налази да у погледу процене „опасности“ учиниоца националне власти цене изведене доказе приликом доношења одлуке да ли лице треба да буде притворено као „лице са душевним поремећајем“, а да је задатак Суда да на основу Конвенције преиспита ове одлуке власти.¹⁷⁹⁹

У правној теорији објашњава се да се ради о случају *кумулятивног прописивања* услова за одређивање притвора, услови предвиђени за одређивање притвора уопште и постојање оправдане опасности да би окривљени услед душевних сметњи могао да изврши кривично дело (*кумулятивност прописивања*).¹⁸⁰⁰ Најпре се процењује да ли постоји основана сумња да је учинилац учинио у стању неурачунљивости противправно дело у закону одређено као кривично дело. Испуњење другог услова цени се на основу мишљења вештака, те је одређивање вештачења, као и за иницирање овог поступка, неопходно да би се притвор извршио смештањем у одговарајућу здравствену установу или просторију која одговара његовом здравственом стању (члан 524 став 3 ЗКП). Душевне сметње треба да буду такве врсте и степена да оправдавају принудно затварање.

Притвор се одређује односно продужава из превентивних разлога, најчешће искључиво из превентивних разлога.¹⁸⁰¹ Ако је поднет предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, а према окривљеном је пре подношења предлога одређен

¹⁷⁹⁹ *Wassink v. The Netherlands*, ECtHR, Application no. 12535/86, 27 September 1990, para 25

¹⁸⁰⁰ С. Бејатовић, „Мере безбедности медицинског карактера као кривичноправни инструменти супротстављања криминалитету (превенција и репресија)“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2017, стр. 21.

¹⁸⁰¹ Најчешће превентивни разлог за одређивање притвора (члан 211 став 1 тачка 3 ЗКП) произлази из података у списима предмета и доказа и пре него што је одређено вештачење и израђен налаз и мишљење комисије вештака, јер се ради о лицу раније осуђиваном и/или лицу према коме је раније изрицана мера безбедности, склоном физичком насиљу и претњама, које у својим прошлим радњама и евентуалним радњама у време извршења дела показује нарочиту упорност и дрскост, испољава агресивно понашање, да оштећени због његових радњи и претходног понашања осећа интензиван страх за себе и своју породицу, да се осећа небезбедно (што следи из исказа оштећеног). У случајевима да постоји сумња да је урачунљивост окривљеног искључена, најадекватнија је примена правила о смештању окривљеног који је у притвору у здравствену установу у циљу медицинског вештачења (члан 122 ст. 5, 6 ЗКП). Време проведено у овој установи урачунава му се у притвор.

Из мишљења здравствене установе следи да је лице *tempore criminis* било у стању неурачунљивости (анализом биолошког и психолошког основа), да је дело које му се ставља на терет лице извршило под утицајем душевне болести и да постоји озбиљна опасност да изврши исто или теже кривично дело, због чега је потребно предузети психијатријско лечење, па се предлаже суду да му изрекне меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи. Након што се достави налаз и мишљење јавном тужиоцу, јавни тужилац подношењем предлога за изрицање мере безбедности иницира покретање поступка и уједно предлаже суду да лице привремено смести у „одговарајућу здравствену установу или просторију која одговара његовом здравственом стању“.

притвор и испуњени су услови за продужење притвора, што се своди на закључак да због душевне болести постоји оправдана опасност да ће у кратком временском периоду извршити исто (слично) или теже кривично дело, учинилац се привремено смешта, по правилу у Специјалну затворску болницу у Београду до *завршетка поступка* за примену мере безбедности обавезног психијатријског лечења пред првостепеним судом. Против решења о привременом смештају дозвољено је изјављивање жалбе одбране. Право на жалбу против решења о одређивању и продужењу притвора не уређује се засебно у овом поступку, већ се примењују правила о редовном кривичном поступку. Право на жалбу је гаранција преиспитивања законитости притварања. Окривљени се саслушава пре доношења решења о одређивању притвора, у складу са правилима из члана 212 ЗКП. Важно за остваривање једнакости „оружја“ је право на саслушање, право на правну помоћ, која се гарантује обавезном одбраном и право одбране на оспоравање медицинских извештаја, налаза и мишљења вештака и изјава вештака, те одговарајућу прилику за њихово коментарисање¹⁸⁰², које се гарантује пре свега правом на стручног саветника.

Окривљеном који је на слободи, у предлогу за изрицање мере безбедности јавни тужилац може да предложи одређивање притвора. Стручна пракса уочава да фактички одлука суда о притвору зависи од стручног мишљења вештака, због чега је за делотворно остваривање права на одбрану у погледу притвора, оспоравање мишљења вештака и притворског разлога, те законитости лишења слободе нарочито важно да се одбрани остави потребан временски оквир од доношења предлога за одређивање притвора до саслушања поводом предлога у којем би одбрана могла да се упозна са целокупном медицинском документацијом и да ангажује стручног саветника у циљу изношења примедба на мишљење вештака и постављање питања вештаку који се саслушава.¹⁸⁰³ Одбрани мора да се пружи прилика да оствари увид у налаз и мишљење вештака, размотри га и оспори разлог за одређивање притвора на одговарајући начин. Повреда право на правично суђење узрокује повреду права на слободу и безбедност.¹⁸⁰⁴

Особеност привременог смештаја је да се његово трајање не контролише редовно и периодично према правилима за контролу притвора од предаје оптужног акта суду до доношења пресуде (на 30 односно 60 дана), већ је прва и уједно последња контрола након одређивања привременог смештаја тек по доношењу решења којим се изриче мера безбедности односно након завршетка поступка. Препорука Савета Европе о заштити људских права и достојанства лица са менталним поремећајем упућује да трајање мере у *разумним интервалима* контролише суд.¹⁸⁰⁵ Законодавац прихватањем овог решења суштински полази од претпоставке да ће се поступак окончати без одлагања, у најкраћем року (иако се на главном претресу изводе докази у погледу постојања кривичног дела у објективном смислу, урачунљивости и мере безбедности психијатријског карактера) и да се у том временском интервалу лице не може „излечити“ у мери у којој би се отклонила „оправдана опасност да би могао да изврши кривично дело“, што нормативно можемо да доведемо у питање са аспекта начела једнакости „оружја“, јер принудни смештај за време главног претреса фактички отежава положај „окривљеног“ који је у стању да присуствује главном претресу, да се саслушава и износи одбрану иако је одбрана обавезна (случај

¹⁸⁰² *Wassink v. The Netherlands*, ECtHR, Application no. 12535/86, 27 September 1990, para 23 – 25.

¹⁸⁰³ J. Тинтор (2017), стр. 101.

¹⁸⁰⁴ *Lamy v. Belgium*, ECtHR, App. no. 10444/83, 30 March 1989, para 29

¹⁸⁰⁵ CM/Rec No. R (2004) 10 concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum, 22 September 2004

обавезне одбране). Ова опасност долази до изражаја нарочито у случају предлога здравствене установе да му се изрекне мера психијатријског лечења на слободи.

4. Поступак према малолетницима

Поступак према малолетницима је поступак *sui generis*, превасходно због наглашеног циља малолетничког кривичног права и поступка који се води према малолетницима да заштите, васпитају и образују малолетника. Уређен је низом посебних правила, другачијих и специфичнијих од оних којих уређују кривични поступак против пунолетних окривљених. Одликује га и непримена одређених правила редовног (општег) кривичног поступка. У кривичнопроцесној теорији описује се да у овом поступку важе „одступајуће модификације од општих кривичнопроцесних правила, посебна, карактеристична начела и остала општа правила“.¹⁸⁰⁶ Специфична је природа питања којима се бави малолетничко правосуђе, па морају нужно бити специфичне карактеристике у односу на систем кривичног правосуђа применљив на одрасле.¹⁸⁰⁷ Према Међународном пакту о грађанским и политичким правима у овом поступку води се рачуна о *њиховом узрасту и о интересу њиховог преваспитавања* (члан 14 став 4 Пакта). Поступак је хитан, тачније сагласно међународноправним и европскоправним стандардима примењује се строжији стандард „најхитнијег поступања“ да би се што пре завршио (члан 56 ЗМ), у циљу заштите најбољег интереса детета,¹⁸⁰⁸ суди се што је пре могуће, примењује се посебна заштита према малолетницима, учествује у поступку субјекат који има претежно саветодавну улогу (орган старатељства). Важи начело заштите најбољих интереса малолетника, које подразумева посебан начин поступања према малолетнику, узимање у обзир његовог узраста, зрелости, емоционалне и интелектуалне способности и предузимање мера које су по природи такве да *унапреде његово разумевање поступка и учешће у поступку*.¹⁸⁰⁹ Процесни положај малолетника у односу на пунолетног окривљеног законом се ојачава и побољшава. Посебан је и начелно бољи, нарочито имајући у виду способност малолетника да се успешно брани, фактичке могућности пружања одбране, разумевање и остваривање права на одбрану у пуном обиму с обзиром на узраст. Одликује га пружање максималне заштите малолетнику, што је функција начела процесне протективности у односу на малолетника и свих начела поступка према малолетницима која на „известан начин“ произлазе из овог начела и са овим начелом су повезана „очигледним функционалним везама“.¹⁸¹⁰

Начелна заштита малолетника пружа се формулисањем законског захтева посебних знања јавног тужиоца за малолетнике који подноси захтев за покретање припремног поступка према малолетнику, судије за малолетнике и судија већа за малолетнике из области права детета и преступништва младих, формално потврђених одговарајућим сертификатима.

¹⁸⁰⁶ Шкулић издваја правила која су модификације одређених општих кривичнопроцесних начела, правила која се могу сматрати посебним начелима карактеристичним за поступак према малолетницима и остала општа правила поступка према малолетницима. М. Шкулић (2020 а), стр. 470.

¹⁸⁰⁷ *Adamkiewicz c. Pologne*, ECtHR, Requête no 54729/00, 2 mars 2010, définitif 4.10.2010., para 106

¹⁸⁰⁸ Уставни суд Републике Србије констатује да „деца имају другачији доживљај времена у односу на онај који имају одрасли, те да је елемент времена њима важан“, да „у поступцима у којима се примењује ЗМ, поступајући судови морају да се понашају у складу са строжијим стандардима суђења у разумном року, свакако имајући у виду и све околности које утичу на трајање поступка“. Вид.: Одлука УС РС Уж-13422/2018 од 5. марта 2020. године, доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 27. децембра 2020.

¹⁸⁰⁹ *V. v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 24888/94, 16 December 1999, para 86

¹⁸¹⁰ М. Шкулић (2020 а), стр. 473 – 474.

Судије поротници морају да имају практична искуства и знања у раду са малолетницима, што је изражено у захтеву да буду из редова наставника, учитеља, васпитача, као и других стручних лица која имају искуство у раду са децом и младима (члан 44 ЗМ). Учесници у поступку дужни су да поступају обазриво приликом предузимања радњи којима присуствује малолетник, а нарочито при његовом саслушању у циљу да вођење поступка не би штетно утицало на његов развој. Воде рачуна о зрелости, другим личним својствима и заштити приватности малолетника (члан 48 став 2 ЗМ). Настојање да се пружи заштита малолетнику изражено је и у правилима о примарном позивању малолетника преко родитеља односно законског заступника, забраном достављања писмена малолетнику преко огласне табле суда, спровођењу мере довођења тако да су службена лица органа унутрашњих послова у цивилној одећи и да воде рачуна да то чине неупадљиво (54 ЗМ), заштити приватности малолетника објављивањем искључиво по дозволи суда само дела поступка и само дела одлуке уз забрану објављивања података (имена и других података) којима се открива идентитет малолетника и искључењем јавности када се суди малолетнику (члан 55 ЗМ, члан 75 став 1 ЗМ)¹⁸¹¹.

Поступак према малолетницима уједно треба да обезбеди услове за директно, несметано и слободно изјашњавање малолетника. Потребно је да се постигне равнотежа једноставности форме поступања и посебних правила у циљу пружања практичне заштите малолетнику и процедуралних заштитних гаранција процесних права на одбрану. Конвенција о правима детета (што се односи на малолетнике према кривичноправним прописима Србије), члан 40 став 2 тачка б, предвиђа процесне гаранције положаја малолетника у кривичном поступку и посебна права малолетника у поступку, „елементе права на правично суђење“, која су у потпуности испоштована обухватањем тих права у правилима поступка према малолетнику која садрже „шире дефинисану групу права из домена права на одбрану него пунолетних окривљених“ и општим правилима кривичног поступка.¹⁸¹² Тако се опомиње да ако је у питању малолетник, право на упознавање са наводима оптужбе „не сме бити само у писаној форми, већ оно подразумева и давање усмених објашњења у сваком случају, а не само када се за тим укаже потреба“.¹⁸¹³

Једна од најважнијих особености је обавезна стручна одбрана приликом првог саслушања и током читавог поступка (члан 49 став 1 ЗМ). Процесни моменат од којег је одбрана обавезна у складу је са важношћу резултата саслушања малолетника за припрему суђења с обзиром да исказ малолетника и други докази прикупљени у фази припремног поступка одређују оквир предмета доказивања на суђењу, да недостаци приликом саслушања малолетника могу да имају карактер „непоправљиве грешке (штете)“ имајући у виду поступак у целини, чињеницом да је малолетник од почетка саслушања у „посебно осетљивој ситуацији“, гаранцијама потпуног остваривања права на одбрану од најраније фазе поступка. Полази се од претпоставке да би се могло тешко рећи, с обзиром на узраст малолетника, да би „могао разумно да зна да је његово право да затражи помоћ адвоката или да би могао да процени последице одсуства такве помоћи током саслушања“.¹⁸¹⁴ Европски суд за људска права указује на значај признања малолетника датог приликом првог

¹⁸¹¹ Европска комисија за људска права истицала је да строге процедуре суђења у поступку против пунолетних примењене на малолетника и јавност суђења могу да лише малолетника могућности да учествује на делотворан начин у кривичном поступку у којем се одлучује о оптужбама против њега. Вид.: *T. v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 24724/94, 16 December 1999, para 82.

¹⁸¹² М. Шкулић, *Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Службени гласник 2020, стр. 168 – 170.

¹⁸¹³ Т. Лукић, Стефан Самарцић, „Малолетници у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, стр. 357.

¹⁸¹⁴ *Adamkiewicz c. Pologne*, ECtHR, Requête no 54729/00, 2 mars 2010, définitif 4.10.2010, para 89

саслушања. Постоји опасност да признање дато у околностима повреде права на поуке о правној помоћи браниоца и праву на одбрану ћутањем („довољног информисања“ о правима) буде „одлучујући елеменат оптужбе против њега“ који би „знатно штетио интересима одбране на суђењу“ и да се у каснијем поступку не исправи, а да се осуда у одлучујућој мери заснује на таквом признању и да признање дато у таквим околностима утиче и на његову каснију изјаву¹⁸¹⁵.

Ако малолетник, његов законски заступник или сродник не узму браниоца, поставиће му браниоца по службеној дужности судија за малолетнике. Бранилац мора да буде адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих (члан 49 став 3 ЗМ). Нарочиту пажњу суд треба да обрати да ли постављени бранилац обавља своју функцију и основне процесне дужности на посебно брижљив начин, да ли постоје евентуалне примедбе малолетника или његових родитеља односно старатеља и да их благовремено и у потпуности размотри са повећаном пажњом. Полазећи од темељног, уставног посебног права окривљеног да узме браниоца по свом избору, није неопходно да изабрани бранилац (од стране малолетника/родитеља/законског заступника или сродника) има формалну потврду специјализације на одговарајући начин, те је пракса судова која захтева сертификат о специјализованости изабраног браниоца потпуно погрешна, неуставна и фактички може да доведе до одређене „конфузије односно колизије у начину одбране“ постављањем још једног (додатног) браниоца.¹⁸¹⁶

Европски суд за људска права разматрао је повреде права на правично суђење у вези права на пружање правне помоћи у поступцима против малолетника, претходног контакта и поверљиве комуникације малолетника и браниоца, права на поуку да се брани ћутањем, права на присуство браниоца саслушању малолетника, која у поступку према малолетнику имају нарочит значај, с обзиром на околност да је окривљени малолетник и додатну осетљивост положаја малолетника када је лишен слободе и посебно када даје исказ пред полицијом и права на приступ жалбеном суду¹⁸¹⁷. Бранилац функцију одбране мора да обавља са посебном пажњом, марљивошћу и заштитом у циљу елиминисања „заstraшивања и спољних притисака“.¹⁸¹⁸

Једна од основних замерки трајања обавезне одбране у нашем кривичном поступку је да након правноснажности одлуке којом се окончава поступак према малолетницима, малолетник није у могућности да преко постављеног браниоца изјави захтев за заштиту законитости, с обзиром да према ставу судске праксе престају овлашћења браниоца по службеној дужности, те је положај малолетника неуравнотежен са положајем овлашћеног јавног тужиоца у погледу могућности да изјави ванредни правни лек у своју корист, што, пре свега због узраста и осетљивости малолетника, има додатни значај у односу на кривични поступак против пунолетних окривљених.

У припремном поступку саслушању малолетника обавезно присуствује бранилац за малолетнике. Обавеза присуства родитеља, усвојоца, односно стараоца малолетника саслушању малолетника је релативне природе. Њихово присуство судија за малолетнике

¹⁸¹⁵ *Panovits v. Cyprus*, ECtHR, App. no. 4268/04, 11 December 2008, final on 11/3/2009, para 84, 85.

¹⁸¹⁶ О томе: М. Шкулић (2020 с), стр. 188 – 191.

¹⁸¹⁷ Вид.: *Salduz v. Turkey*, ECtHR, App. no. 36391/02, Grand Chamber, 27 November 2008, *Adamkiewicz c. Pologne*, ECtHR, Requête no 54729/00, 2 mars 2010, définitif 4.10.2010.

¹⁸¹⁸ У случају *Adamkiewicz c. Pologne*, пар. 77, истицао се аргумент да бранилац осим одбране *stricto sensu* има одговорност да „обезбеди заштиту малолетника од заstraшивања и спољног притиска који ће се вероватно вршити да би се навео да да исказ у смеру који је желело тужилаштво“.

може да ускрати ако је таква одлука у интересу малолетника (члан 65 ЗМ), при чему се води рачуна о њиховим годинама и конкретној ситуацији. *Ratio legis* присуства браниоца, родитеља, усвојоца, старатеља је да се малолетнику пружи одговарајућа помоћ у припреми и изношењу одбране. У правној теорији се указује да је присуство родитеља односно законских заступника важно због пружања „емотивне и психолошке подршке“.¹⁸¹⁹ Ова лица по потреби присуствују другим радњама. Ако постоји потреба, саслушање малолетника ће се обавити уз помоћ психолога, педагога или другог стручног лица. На седницу већа и главни претрес се осим јавног тужиоца за малолетнике, малолетника и браниоца, позивају родитељи малолетника, усвојилац односно старалац.

Важно за остваривање начела једнакости „оружја“ је право малолетника и његовог браниоца да присуствују испитивању сведока и права која из присуства малолетника произлазе (права на постављање питања, право на примедбе). Ипак, мотивисано заштитом малолетника, за време извођења појединих доказа и говора странака, веће је овлашћено да нареди удаљење малолетника из заседања (члан 75 став 4 ЗМ). Овом дискреционом овлашћењу веће може прибећи ради остваривања легитимног циља у демократском друштву заштите интереса малолетника, елиминисања негативних ефеката поступка и сведочења на личност малолетника под условима обавезне одбране, те обавезног присуства браниоца.

У случају *T. v. United Kingdom*, ЕСЈП издваја добре мере које се на суђењу предузимају према малолетнику у циљу разумевања поступка и спречавања претераног замарања малолетника (објашњавање поступка суђења, претходни обилазак суднице скраћење расправе) и указује на недостатке у погледу обезбеђивања правичности суђења (деловање формалности и ритуала с времена на време „неразумљиво“, „заstraшујуће“, назнаке да је „подигнута оптуженичка клупа“ „повећала осећај нелагодности“ малолетника, због „осећаја изложености погледу преставника медија и јавности“)¹⁸²⁰. Суђење је било јавно, примењиване су поједине строге формалности и ритуали који се иначе примењују у поступку против пунолетних, а констатовано је у лекарском извештају да се код малолетника уочавају симптоми посттрауматског стресног поремећаја, што је изазивало забринутост у његово разумевање поступка. У представци се наводило да због услова суђења малолетник није могао да прати суђење. Суд је нашао да иако су малолетника заступали професионални и искусни браниоци који су били на удаљености од њега која омогућава дослух са клијентом, мало је вероватно да би се малолетник осећао „довољно неспутаним, у напетој атмосфери у судници и у центру пажње јавности, те да се са њима консултује током суђења“ или да би заиста, с обзиром на његову незрелост и поремећено емотивно стање, био у стању да сарађује са браниоцима и да им пружа податке за сврхе одбране и ван суднице¹⁸²¹.

Малолетнику је забрањено суђење у одсуству (члан 48 став 1 ЗМ), што подразумева одсуство примене изузетка од правила суђења у присуству – суђења у одсуству према правилима редовног поступка (члан 381 ЗКП). Овим правилом не залази се у овлашћење судије за малолетнике из члана 65 ЗМ, чији је *ratio legis* управо заштита малолетника, да нареди да се приликом извођења појединих радњи малолетник удаљи, као на пример у ситуацији када вештак објашњава психолошки статус малолетника или што се посебно чини

¹⁸¹⁹ Т. Лукић, С. Самарџић, стр. 358.

¹⁸²⁰ *T. v. The United Kingdom*, ЕСtHR, App. no. 24724/94, 16 December 1999, para 86

¹⁸²¹ *Ibid.*, para 88.

у пракси, када се износе подаци о породици и уопште блиским сродницима малолетника који би на малолетника „деловали стигматизирајуће или би се он тада осетио пониженным“.¹⁸²²

Притвор се према малолетнику примењује изузетно рестриктивно и супсидијерно, ако се сврха не може остварити привременим смештајем малолетника (члан 67 став 1 ЗМ) који има заштитни карактер и којим се ограничава слобода малолетника, а трајање притвора по фазама поступка краће је у односу на редован кривични поступак (члан 67 став 3,4,5,6 ЗМ). За притвор и привремени смештај утврђују се законске гаранције законитог лишења слободе, судског одлучивања, покретања поступка преиспитивања законитости лишења слободе и хитно испитивање законитости лишења слободе, у погледу којих је нарочито важна обавезна одбрана и права браниоца у поступку одлучивања о лишењу (ограничењу слободе) и током поступка у целости. Примењују се правила поступка према малолетницима (*lex specialis*) као што је право и дужност браниоца да присуствује првом саслушању (члан 49 ЗМ) и право браниоца на изјављивање жалбе против решења о привременом смештају (члан 66 став 2 ЗМ). Уједно, примењују се правила редовног поступка из Законика о кривичном поступку (*lex generalis*), важна за остваривање начела једнакости „оружја“, која се односе на предуслове за остваривање права на одбрану и права на одбрану пунолетног окривљеног, поуке о правима (које обухватају право на информисање о праву на одбрану ћутањем и привилегији против самооптуживања), права ухапшеног (члан 66 ЗКП) и права браниоца, право на поверљив разговор, право на разматрање списа и разгледање доказа, предузимање радњи у корист одбране (члана 71 ЗКП). Према пракси ЕСЈП у поступку према малолетницима нарочит значај придаје се контакту, слободном и поверљивом разговору између малолетника и браниоца, пре свега због предочавања и објашњавања поука о правима и саслушању малолетника у присуству браниоца и околности „изоливаности“ малолетника која штети његовом процесном положају, у случају смештања малолетника у вид привременог смештаја.¹⁸²³ Наглашава се додатно значај поучавања малолетника од стране браниоца о његовим процесним правима.

4.1. Учествовање судије за малолетнике у различитим фазама поступка

Према одлукама ЕСЈП, правичност поступка може да се доведе у питање законским уређењем учешћа истог судије у две различите фазе првостепеног поступка у поступцима према малолетницима националних држава, у којима важи изузетак од правила у општем кривичном поступку о забрани да једно лице има функцију и истражног судије и судећег судије односно судије који учествује у суђењу. Посматрајући из угла правичности, поступак према малолетницима карактерише посебна „осетљивост“ и наглашава се потреба додатних заштитних мера ради уравнивања положаја малолетника. Традиционално прихваћено решење у нашем поступку према малолетницима је стицај процесних функција судије за малолетнике и председника већа за малолетнике, за разлику од редовног поступка у којем је

¹⁸²² О томе: М. Шкулић (2020 с), стр. 248.

¹⁸²³ Вид. *Adamkiewicz c. Pologne*

Шкулић анализирајући пресуду у овом предмету објашњава да је основни проблем био изостанак гаранција „одређених елемената права на одбрану“ малолетнику, које иначе има пунолетни окривљени, „а што је начелно одлика правосудног модела поступка према малолетницима (у новије време је у том погледу посебно значајан модификовани правосудни модел“). Посебно запажа не сасвим коректно придавање значаја неинформисању малолетника од стране браниоца о праву на „ћутање“, јер је основни проблем недостатка официјелног обавештавања малолетника непосредно пре првог саслушања о правима од стране надлежног органа који је саслушавао малолетника и недостатка евидентирања упозорења на записнику на прописан начин. Вид.: *Ibid.*, стр. 313.

разлог за обавезно изузеће поступање судије у истом предмету као судије за претходни поступак, што апсолутно подразумева било коју процесну радњу судије за претходни поступак у предистражном поступку и истрази у истом предмету, било да је процесна радња која има доказни значај било да се односи на одлучивање о лишењу слободе (по жалби на решење о задржавању, одређивање и продужење притвора). У правној теорији издваја се посебно, типично начело у поступку према малолетницима – начело функционалног спајања првостепеног поступка и суђења.¹⁸²⁴

Закон изричито предвиђа да је судија за малолетнике и председник већа за малолетнике у првостепеном поступку, који води суђење и учествује у доношењу мериторне одлуке, што је неспорно и примењује се у судској пракси. Не раздвајају се претходни поступак –*припремни поступак и суђење*. Веће за малолетнике у првостепеном поступку чине судија за малолетнике и двојица судија поротника (члан 42 ЗМ).

Првостепени поступак према малолетницима води се пред судијом за малолетнике и већем за малолетнике вишег суда. Обе фазе поступка (припремни поступак и поступак пред већем за малолетнике) судског су карактера. Судија за малолетнике спроводи припремни поступак према малолетнику и централна је личност у обе фазе поступка. Руководи претходним поступком, обезбеђује доказну грађу, прикупља податке о малолетнику и средини у којој живи и одговоран је да се обезбеди најбољи интерес малолетника. У припремном поступку предузима истражне радње у циљу разјашњења чињеница које се односе на кривично дело, али и саслушава лица и прикупља податке које се односе на узраст и зрелост малолетника, средину и прилике у којима живи, личност и понашање малолетника или одлучује да прикупљање поменутих података повери стручном лицу и одређује преглед малолетника (члан 64 ЗМ). Утврђује му се дискреционо овлашћење да одреди начин извођења појединих радњи у оквирима најбољег интереса малолетника и дужности обезбеђивања права на одбрану малолетника (члан 65 ЗМ). Осим што предузима радње истражног карактера, одлучује о привременом смештају и притвору, по предлогу јавног тужиоца за малолетнике да ли да закаже седницу већа или главни претрес и у саставу већа учествује у доношењу мериторне одлуке у истом случају. Припремни поступак је обавезан и има суштински значај у случају оцене судије за малолетнике да су чињенице у припремном поступку у потпуности расправљене и да је потребно да се изрекне васпитна мера ванзаводског карактера, јер веће тада одлучује на седници већа на којој се не изводе нови докази.

Изражена је тенденција указивања на „јединствену природу поступка који се односи на малолетнике“ и потребе да учешће истог судије обезбеди *заштиту најбољег интереса детета*, пре свега с обзиром на поверење у судију које треба да стекне малолетник и његови родитељи или старатељи, међусобно поверење и стручност и квалификације судије. Из праксе Европског суда за људска права издваја се циљ овог решења према образложењу одлуке суда националне државе по захтеву за изузеће судије: „превасходно образовни аспект кривичног закона за малолетника и важност оптималне координације разних одлука донетих у вези са малолетником“.¹⁸²⁵

Европски суд за људска права, неиспитујући апстрактно национално право и праксу, разматрао је представке чији је предмет недостатак непристрасности суда за малолетнике. Националним законодавним властима препушта се поље слободне процене у погледу уређења и организовања поступка, али се у његовим ефектима не смеју нарушити циљеви

¹⁸²⁴ М. Шкулић (2020 а), стр. 474.

¹⁸²⁵ *Nortier v. the Netherlands*, ECtHR, App. 13924/88, 24 August 1993, para 14

Конвенције. Не налази да постоји *a priori* пристрасност судије, те повреда права на правично суђење у свим околностима стицаја процесних функција истражног судије и судије на суђењу, већ анализира све околности конкретног случаја. Издваја околности које национална држава треба да има у виду: природу и обим овлашћења судије за малолетнике, да ли судија има значајна законска овлашћења да сам прикупља доказе и да ли их остварује у конкретном случају, те након тога одлучује да ли има довољно инкриминишућих доказа да се предмет упути на суђење и садржај налога за упућивање на суђење.

Издвајају се важни стандарди: 1. значај начела непристрасности за поверење у суд у демократском друштву; 2. оцена непристрасности суда према двоструком начелу „личног уверења судије“ и довољне гаранције да се искључи „било каква легитимна сумња у погледу непристрасности“; 3. чињеница да је судија донео одлуке пре суђења „сама по себи не може оправдати забринутост у погледу његове непристрасности“, али је битан обим мера које је судија предузео пре суђења на основу којих је дошло до суђења (да ли је наредио започињање поступка по сопственој оцени, да ли је у великој мери користио опсежна законска овлашћења, да ли је „сам водио поступак прикупљања доказа“); 4. „дубинско знање судије о случају не подразумева предрасуде које спречавају да се он сматра непристрасним у време мериторне пресуде“, нити се прелиминарна оцена доступних података може сматрати прејудуцирањем коначне оцене“; 5. цени се садржај налога на крају претходне истраге којим судија упућује малолетника на суд за малолетнике, указивање на основу елемената прикупљених током истраге да је подносилац малолетник био учинилац, те да ли се „питање о којем је овај судија пресудио пре отварања судске фазе поступка у великој мери подударало са оним о којем је тада морао да одлучује као члан суда за малолетнике који доноси пресуду“; 6. потребно је да се обезбеди да се не крше гаранције правичности током претходног поступка (истраге) коју је водио судија.¹⁸²⁶

Поставља се питање да ли радње и одлуке судије за малолетнике имају прејудуцирајући карактер („одређено прејудуцирање“) према законским условима и садржини одлуке и да ли могу да имају „одређени прејудуцирајући ефекат“.¹⁸²⁷ У случају *Nortier v. the Netherlands*, адвокат подносиоца представке пре суђења поднео је захтев за изузеће судије за малолетнике оспоривши непристрасност суда, јер је судија за малолетнике пре почетка суђења доносио одлуке о притвору. Поднео је представку ЕСЉП позивајући се на пристрасност судије, тачније „објективну оправданост“ страховања подносиоца представке у погледу непристрасности судије за малолетнике и повреду члана 6 став 1 Конвенције, а Суд је ценио „делокруг и природу одлука“ судије и да ли се користе овлашћења истражног судије. Истицало се да је према важећим законским решењима одлучивање о притвору судије за малолетнике подразумевало да судија већ у припремном стадијуму долази до закључка да постоје „озбиљне индикације“ да је подносилац представке учинио кривично дело за које је оптужен и да је судија морао „већ да има идеју о казни или мери која ће се изрећи, с обзиром да је законски захтев био да процени да није вероватно да ће одређени притвор до суђења да траје дуже од пресуде или донете мере“, због чега је „имао правни основ да страхује“ да судија „који је судио његов предмет као једини судија није непристрасан“.¹⁸²⁸ Није утврђена повреда права на правично суђење, али се уочава и помиње проблем могућности да судија учествује у одлучивању по жалби која је изјављена против одлуке коју је донео. Позива се на значајне околности у случају *Hauschild v. Denmark*, у којем је констатовано да је страх од недостатка непристрасности заснован на чињеници да је судија

¹⁸²⁶ *Adamkiewicz c. Pologne*, ECtHR, Requête no 54729/00, 2 mars 2010, définitif 4.10.2010., para 82 – 108.

¹⁸²⁷ О томе: М. Шкулић (2020 с), стр. 321 – 322.

¹⁸²⁸ *Nortier v. the Netherlands* ECtHR, App. 13924/88, 24 August 1993, para 31.

првостепеног суда који је председавао суђењем и судије вишег суда које су на крају учествовале у одлучивању по жалби, већ морали да се баве случајем у ранијој фази поступка и да су донели различите одлуке које су се односиле на подносиоца представке у претпретресној фази.¹⁸²⁹

Важно питање које се провлачи у случају *Nortier v. the Netherlands* је активно истражно ангажовање судије у конкретном случају, односно коришћење законских овлашћења за ангажовање у прикупљању инкриминишућих доказа на основу којих се обезбеђује и процењује да ли су испуњени услови за суђење, а затим и доноси коначна одлука о предмету поступка, због чега аспрактно законско решење може да генерише утрђивање повреде права на правично суђење у вези са кршењем дужности непристрасности суда, те је ово наше законско решење спорно и тиме оправдана промена структурне организације поступка према малолетницима која се предлаже у правној теорији¹⁸³⁰.

¹⁸²⁹ *Nortier v. the Netherlands*, ECtHR, App. 13924/88, 24 August 1993, para 35; *Hauschild v. Denmark*, ECtHR App. no. 10486/83, para 49.

¹⁸³⁰ Ближе о предлозима промене структуре поступка према малолетницима у циљу поштовања захтева права малолетника на правично суђење вид.: М. Шкулић (2020 с), стр. 326 – 327.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Истраживање начела једнакости „оружја“ у кривичном поступку сложен је и свестран задатак. Наслов је атипичан нашој традицији кривичног поступка, у целини је метафора изахтева објашњење сваке речи засебно. Значење речи одудара од језичког тумачења. Једнакост је равнотежа („правична равнотежа“), „оружје“ су процесна права и средства странака, али и привилегије за окривљеног којима се ствара и одржава равнотежа положаја странака, док „кривични поступак“ превазилази законско одређење отпочињања кривичног поступка у националном законодавству и тумачи се шире, тако да обухвата процесни положај окривљеног у односу на државне органе гоњења, јер резултати предузимања доказних радњи у предистражном поступку, у фази предузимања доказних радњи јавног тужиоца пре подношења оптужног предлога могу да се користе под законом утврђеним условима на главном претресу као доказ против окривљеног на коме се може темељити пресуда.

Анализа је захтевала освртања на историјски развој права на правично суђење и његових елемената, сагледавање модела кривичног поступка, упоредноправну нормативну анализу, доктринарна разматрања о начелу правичности и праву на правично суђење као људском праву, практичне захтеве, као и сагледавање начела једнакости „оружја“ кроз призму основног процесног права појединца у односу према државној власти и праксу ЕСЈП. Циљ је дефинисање начела једнакости „оружја“, а затим његова заштита и примена у кривичном поступку. Централни део је остваривање начела у Законику о кривичном поступку и у судској пракси. Током појединачне анализе фаза кривичног поступка, које по својим појединим процедурама одражавају начело, истраживање је усмерено на доказивање постављених хипотеза рада, повезивање научних и практичних сазнања ради развоја доктрине, нормативне основе и пружања смерница јавно – тужилачкој и судској пракси. Издвајамо закључке из сваког појединачног поглавља и поступак доказивања хипотеза.

I

Сегменти начела једнакости „оружја“ уочавају се истраживањем историјског развоја права на правично суђење – страначки положај окривљеног додатно ојачан погодностима ради успостављања страначке равнотеже, страначке истраге, суђење у присуству, говори странака, страначко изношење случаја, непосредно сведочење пред судом, унакрсно испитивање сведока, улога суда да заштити равнотежу странака/васпостави равнотежу нарушену фактички неједнаким положајем странака, право окривљеног на информисање и на стручну одбрану.

Начело једнакости „оружја“ на специфичне начине остварује се у различитим типовима кривичног поступка. Правичан поступак у *континенталној Европи* је законит поступак, спроведен на темељу Устава, релевантних тумачења ЕКЈП и закона, у којем окривљени има права и правна средства („оружја“) у циљу активног учествовања и изношења одбране у поступку, упркос томе што кривични поступак почива и на начелу истине. У континентално – европском типу поступка наглашен је значај дужности непристрасности јавног (државног) тужиоца, права учешћа одбране у истрази, улоге суда да контролише законито и правично поступање јавног (државног) тужиоца у истрази и да одлучује о примени ограничења права на одбрану (судска заштита окривљеног – гарантна улога суда) за обезбеђивање остваривања права на правично суђење и једнакости „оружја“ у поступку у целини. Истражна улога суда начелно не нарушава саму природу поступка, с обзиром на то да се поступак темељи на равнотежи начела истине и правичности. Континентално – европски модел кривичног поступка одликује баланс начела истине и правичности, њихово повезивање, међусобно прилагођавање и међусобно ограничавање.

И у теорији и у пракси истиче се заштитна функција трагања за истином. Суд тежи истини једнаким објективним (критичким) односом према страначким предлозима и поступањем мимо страначке доказне иницијативе уз обезбеђивање једнаких услова за учешће странака у извођењу доказа по службеној дужности и за преиспитивање таквих доказа, у циљу обезбеђивања делотворног остваривања права на одбрану и спречавања осуда невиних окривљених. На међусобну условљеност начела истине и правичности указује ЕСЉП, залазећи у чињенична питања ако је утврдио повреду конвенцијског права, укључујући и право на правично суђење. Начело једнакости „оружја“, за разлику од адверзијалне процедуре, сагледава се у односу на положај окривљеног, а не у односу на обе странке. На овај закључак најбоље указују правила о увиду у списе предмета, за разлику од правила о међусобном откривању доказа, одсуство правила о наступању преклузије због неблагоприятног изношења нових доказа. Значај трагања за истином и равнотежа овог легитимног циља са заштитом права на одбрану произлази из установљења доказних рочишта.

Тежња истини присутна је у извесној мери и на специфичан начин у *англоамеричком систему*, фокусираном на правичноспроведен поступак. Успостављање правде захтев је легитимног кривичног поступка. Огледа се и у интервенцијама суда у страначку борбу аргументима и доказима (која води, како се то у доктрини описује, „приближавању истини“), ако се одбрана не позива на одбрану која следи из доказа, те упутствима пороти о разматрању доказа; у једној од функција откривања доказа; формулисању правила о доказивању (правила и изузетака). У погледу одржавања равнотеже између странака, а због практичног значаја сведочења за исход поступка, нарочито је значајан однос конфронтационе клаузуле и изузетака од прихватања „доказа по чувењу“, који је остварио утицај на праксу ЕСЉП (три теста за непреиспитане доказе), те искључење доказа због потенцијалног нарушавања равнотеже. Такође, специфичност је дужност откривања доказа, с обзиром на једновремено разматрање положаја обе странке, као и заштитне и модификујуће наредбе суда којима се мењају обавезе странака и одржава потребна равнотежа. Откривање страначких доказа у суштини одражава равнотежу трагања за истином и начела једнакости „оружја“.

Начело једнакости „оружја“ је процесни захтев да се кривични поступак води под условима (нормативним условима и могућностима) за делотворно изношење оптужбе и њено делотворно побијање, које подразумева приступ важним информацијама и предложеним доказима, предлагање доказа и извођење доказа (учествовање у извођењу доказа), побијање доказа и аргумената, у циљу да се странка не постави у значајно неповољнији положај у односу на противну странку (обезбеђивање правичне процесне равнотеже). Европски суд за људска права по правилу не задире у утврђивање чињеница од стране суда, али залази у чињенична питања и оцену доказа ако је у кривичном поступку повређен члан 6 Конвенције. Осим тога, ЕСЉП „провлачи“ и значај елементарних захтева права на правично суђење из угла проверавања доказа, исказа окривљеног (захтев суђења у присуству који произлази из права на правично суђење, као предуслов за остваривање права на одбрану).

У нормативном погледу начело једнакости „оружја“ обезбеђује се гарантовањем једнаких страначких права и процесних средстава, као и права и привилегија којима се додатно оснажује положај окривљеног (правила *in favor defensionis*) ради парирања овлашћењима и мерама у надлежности јавног тужиоца. Начело се цени сагледавањем конкретног кривичног поступка у целини (да ли је кривични поступак у целисти пружио услове за припрему и изношење одбране којима је могло да се парира условима датим тужиоцу у циљу заступања оптужбе). Државама се оставља поље слободне процене приликом избора одговарајућих средстава да свој правосудни систем усагласе са захтевима члана 6 Конвенције у целисти, те и начела једнакости „оружја“.

Централна фаза поступка за остварење начела је главни претрес, а поједини недостаци могу се исправити „излечити“ у поступку по правним лековима. Ако се примењују ограничења елемената права на правично суђење, на питање да ли се остварује начело даје се одговор оценом да ли је применом средстава уравнотежења постигнута равнотежа, те да ли је остварена сразмерност средстава ограничења и легитимног циља. За реализацију начела нарочито је важна оцена постојања делотворне одбране и непристрасан однос суда према одбрани.

Начело једнакости „оружја“ утврђује се и дефинише изричито у законодавствима појединих држава некадашње СФРЈ (Црна Гора, Босна и Херцеговина, Словенија). Позивање на начело уочавамо у аутентичним тумачењима Законика о кривичном поступку, доктринарним разматрањима, пракси Уставног суда Републике Србије, који упућује на релевантна тумачења ЕКЉП, пракси јавних тужилаштава и судова, те и у садржини правних средстава одбране (нпр. приговори због неправилности у току истраге, одговори на оптужницу).

Излагања у раду иду у прилог прве главне хипотезе рада да начело једнакости „оружја“ не захтева елиминацију начела истине у кривичном поступку.

На основу претходних разматрања, могући предлог *de lege ferenda* кога сматрамо сагласним уставним начелима, међународноправним и европскоправним стандардима као и адекватним за постизање равнотеже легитимних интереса у кривичном поступку је паралелно утврђивање начела истине и правичности (формулисањем у истом члану) на сличан начин као у регионалном законодавству (Црна Гора):

- *Суд, јавни тужилац и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите и правичне одлуке као и да са једнаком пажњом испитују и утврде како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у корист.*
- *Суд је дужан да странкама и браниоцу обезбеди једнакеусловеу погледу излагања оптужбе и изношења одбране, предлагањадоказа, приступадоказима, њиховомизвођењу и побијању и коришћењу правних средстава.*

II

Гаранција претпоставке невиности основни је захтев легитимности кривичног поступка, темељ начела једнакости „оружја“ и коректив фактички неповољнијег положаја окривљеног у кривичном поступку. Значај за начело произлази из одлика гаранције (поступање према окривљеном без предрасуда, поштовање личности и достојанства окривљеног, принципа одсуства дужности окривљеног да доказује своју невиност и истовременог наметања дужности тужиоцу у погледу доказивања, начела да окривљени ужива користи од сумње, захтева непристрасности суда, „стварне моћи“ оцењивања и одлучивања суда, заштитних механизма права на одбрану), те дужности суда да чињењем (отклањање и исправљање предрасуда) и нечињењем (уздржавање од предузимања радњи којима се вређа претпоставка невиности) штити претпоставку невиности. Претпоставка невиности штити окривљеног као личност и олакшава његов положај у кривичном тужиоцу истовремено захтевајући од јавног тужиоца да прикупи доказе који указују на *довољан степен сумње да би се водио кривични поступак* против окривљеног и да се окривљени осуди само ако јавни тужилац изведе чврсте доказе који чине извесном кривицу окривљеног. Изузетно, дозвољавање поделе терета доказивања захтева поштовање уставних, законских гаранција права на правично суђење, начела Конвенције, захтева из праксе ЕСЉП у погледу дозвољених ограничења права на правично суђење, делотворно остваривање права на одбрану, којима се успоставља равнотежа положаја странака и легитимних заштићених

интереса. У извесној мери измена терета доказивања која је дозвољена такође намеће обавезе јавном тужиоцу, иако отежава положај окривљеног, и захтева поштовање права на одбрану, што је последица дејства претпоставке невиности. Равнотежу положаја странака одржава суд пре свега заштитом права на делотворну одбрану и настојањем да потпуно и правилно цени доказе.

Формално и фактичко јачање улоге јавног тужиоца, законски захтеви максималне доказне активности и правни захтеви најбољег обављања функције оптужбе јавног тужиоца, ограничени су законом заштићеном дужности објективности и етичким кодексом у циљу одржавања неопходне равнотеже у кривичном поступку. Дужност непристрасности јавног тужиоца тражи од јавног тужиоца да законито отвара и спроводи истрагу једнаким сазнавањем и испитивањем чињеница, да предузима мере ради отклањања „очигледних“ и „довољних“ недостатака у одбрани (предлог за разрешење браниоца, поучавање окривљеног о сиромашком праву). Суду налаже да захтева поступање јавног тужиоца у складу са овом дужношћу (изношење пред суд и окривљеног свих релевантних доказа и података, прикупљање доказа и у корист окривљеног, боље разјашњење сумње у циљу да нико невин не буде осуђен и тиме посредно сазнавање шта се стварно догодило у оквирима оптужног акта).

Непристрасност суда подложна је утицајима медијске кампање. Оцена доказа и утврђивање чињеница од стране професионалног судије гаранција је елиминације недозвољеног утицаја на ток и исход суђења. Непристрасност подразумева одсуство предубеђења према окривљеном. Важне су законске гаранције непристрасности и остваривање њихове заштите, оцена понашања судија и друге објективне чињенице, при чему су важна и спољна виђења, оцена да ли постоји објективни страх о непристрасности, изражавање мисли судија. Интервенције суда у доказном поступку нису искључене. Ако је потребно да се спрече штетне последице по окривљеног који је практично у значајно слабијем положају у односу на тужиоца, постоји позитивна обавеза суда да интервенише. Основни критеријум за предузимање интервенција у другим случајевима је да ли се њима „суштински омета“ окривљени да изнесе и реализује своју одбрану.

Заштитне гаранције делотворног остваривања права на одбрану и инструменти за реализацију начела су: 1. поуке о правима (у погледу којих је нарочито важно да се води рачуна о ангажовању органа поступка у оцини личности окривљеног, природи и тежини кривичног/кривичних дела, карактеристикама поступка, информацијама које се пружају окривљеном, те о поуздању окривљеног у поуке), а у прилог практичног значаја поука иду и закључци у поступку по приговорима о неправилностима у току истраге; 2. дужност пружања помоћи окривљеном и његовом браниоцу у циљу прикупљана доказа у корист одбране (у вези са припремом и изношењем одбране); 3. мере уравнотежења примењене у поступку ограничавања права на суђење у присуству (обавештење окривљеног/стварање прилике о обавештењу окривљеног о вођењу поступка против њега, упозорење окривљеног о процесним дужностима, поуке о процесним последицама неприсуства, судско одлучивање, обавезна одбрана, понављање поступка и заштитне гаранције права на одбрану у поновљеном поступку, праћење тока поступка путем техничких средстава, упознавање оптуженог са током доказног поступка, садржајем доказних радњи и доказа); 4. позитивне мере државе у циљу обезбеђења присуства окривљеног и рестриктивни услови за суђење у одсуству (*ultima ratio* карактер ограничења).

У погледу положаја оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца у односу према положају окривљеног важне су следеће особености: 1. право на приступ суду оштећеног као тужиоца специфичне је садржине – везано је за одлучивање о грађанскоправном захтеву, обезбеђивање делотворне истраге за најтежа кривична дела, корекцију одлуке јавног тужиоца о гоњењу, право на судску заштиту права и правно средство, те је потребно

обезбедити равнотежу права ове садржине са правима на одбрану; 2. право на приступ суду приватног тужиоца захтева омогућавање да се одлучи о његовом имовинскоправном захтеву и пружање „адекватне судске заштите“ уставом гарантованих права због чије повреде/угрожавања се прописује право на приватну тужбу, што је такође легитиман интерес у демократском друштву који треба да се уравни са правима на одбрану; 3. равноправност у поукама; 4. равноправност у правном и стручном заступању (осим ако је реч о приватном тужиоцу који нема право да захтева постављење пуномоћника и стручног саветника); 5. једнаке дужности (обавештење о промени адресе пребивалишта и боравишта) и санкције због одсуства процесне дисциплине; 6. једнакост у страначким правима на суђењу; 7. противтужба је специфична мера уравнивања положаја приватног тужиоца и окривљеног.

У пракси Уставног суда Републике Србије поставило се питање „смањења достигнутог нивоа људских права“ у погледу сужавања могућности оштећеном да постане оштећени као тужилац. У издвојеном мишљењу на скорију одлуку Уставног суда поводом иницијативе за оцену уставности, указало се да је спорна делотворност приговора оштећеног који се подноси непосредно вишем јавном тужиоцу, у вези са правом на приступ суду, а да ограничења могућности да оштећени постане супсидијерни тужилац треба да буду „адекватна“ и „уставноправно прихватљива“. Право оштећеног на правно средство следи из садржине уставних норми, те је неопходно размотрити да ли је приговор „реално и делотворно правно средство“. Поменути закључак произлази на основу: 1. хијерархијског надзора непосредно вишег јавног тужиоца над поступањем нижег јавног тужиоца, утврђеног као надлежност непосредно вишег јавног тужиоца, независног за коришћење приговора, који може да буде реализован у виду налога за неговање, односно сагласности са одлуком нижег јавног тужиоца да не гони, пре подношења приговора оштећеног; 2. одсуства нормативног уређења и праксе да се оштећени обавештава о разлозима одлуке о неговању/одустанку од гоњења, те тиме онемогућавања оштећеном да суштински преиспитује одлуку јавног тужиоца; 3. значаја реализације права оштећеног на преиспитивање одлуке јавног тужиоца о гоњењу за заштиту интегритета јавног тужиоца, те уједно и кривичног поступка.

Од суштинског значаја за начело једнакости „оружја“ право је окривљеног на правну помоћ које се штити јемчењем и прописивањем права окривљеног на слободан избор браниоца, као и обавезном одбраном и одбраном сиромашног окривљеног (законским позитивним процесним мерама уравнивања), којима се обезбеђује једнак приступ правној помоћи. Обавезна одбрана и сиромашко правосмогуће посматрати са аспекта посебних гаранција ЕКЉП, пре свега члана 6 став 3 тачка ц, али и довести у везу са општим начелом једнакости „оружја“. Јачању заштитних гаранција права на правну помоћ доприноси: 1. продужавање трајања обавезне одбране по одређеним основима (члан 74 став 1 тачка 1 и 2 ЗКП), што је нарочито оправдано у случајевима када је окривљеном изречена казна затвора од тридесет до четрдесет година или доживотног затвора и утврђивање одбране сиромашног окривљеног и за поступак по ванредним правним лековима; 2. незахтевање строгог стандарда доказивања имовног стања које не одговара прописаној награди за браниоца; 3. засебно поучавање о одбрани сиромашног окривљеног; 4. примена одбране сиромашног окривљеног на целокупан *поступак*; 5. усмеравање пажње јавног тужиоца на потенцијално остваривање сиромашког права пре првог саслушања у тужилаштву, а након полицијског хапшења. Повећану пажњу суда у погледу контроле пружања делотворне одбране захтева утврђена активна доказна улога странака, прописивање основног и унакрсног испитивања и ограничена доказна улога суда на главном претресу.

Поступак одлучивања о притвору који нема одлике прелиминарних адверзијалних рочишта и поједини разлози за притвор у супротности су са адверзијалном конструкцијом поступка и главног претреса прихваћеном у нашем законодавству (прикупљање доказа и материјала у корист одбране, доказна активност странака на главном претресу, основно и

унакрсно испитивање). Међусобни несклад елемената континентално – европског и адверзијалног прети да угрози начело једнакости „оружја“, јер се окривљеном фактички онемогућава да оствари доказну активност. Положај окривљеног у истрази и фази предузимања доказних радњи пре оптужења штити се захтевом праксе у погледу навођења доказа из којих произлази основана сумња да је окривљени учинио кривично дело и детаљним образлагањем разлога за притвор, да предлози са продужење притвора буду образложени (како у скраћеном, тако и у редовном кривичном поступку) у погледу предузимања дозвољених и доступних радњи и мера да се без одлагања прибави исказ сведока/саучесника/прикривача у односу на кога је утврђена колузиона опасност, те да се непоштовање ове наметнуте дужности јавном тужиоцу санкционише укидањем притвора због трајања преко мере „најкраће могуће време“ и „нарочито хитног поступања“. У погледу разлога за одређивање притвора из члана 211 став 1 тачка 4 ЗКП („узмирење јавности“), на важност за начело једнакости „оружја“ указује поступак „вагања“ релевантног и легитимног јавног интереса (одржавање јавне безбедности/безбедности грађана, омогућавање суду да несметано води кривични поступак чиме се обезбеђује спровођење уставом гарантоване функције суђења и судске заштите основних права и слобода) и уставом зајемченог права на слободу и безбедност окривљеног. Положај окривљеног и правично суђење штити се образлагањем постојања ванпроцесних околности које указују на доминантан значај заштите јавног интереса у конкретном случају, због конкретне опасности која му прети, у односу на право на слободу и безбедност, чиме се спречава да овај законски разлог води обавезном притвору.

III

Судској контроли покретања истраге (судској контроли постојања основане сумње) иде у прилог пре свега следећа аргументација коју детаљније износимо у раду: 1. Суд је надлежан да заустави поступак по основу злоупотребе поступка; 2. Наредба о спровођењу истраге садржи *оптужбу*; 3. Законско установљавање судске контроле темељи се на *Уставу*, судској заштити људских права и владавине права; 4. *Улога суда је процесна мера уравнотежења* у кривичном поступку, независан и непристрасан суд надзире остваривање начела правичности и одржава равнотежу заштићених легитимних интереса; 5. Судска контрола покретања истраге у складу је са судском оценом релевантног степена сумње пре суђења (*судска контрола постојања „разумне сумње“ приликом разматрања притвора*); 5. ЕСЉП контролише оцену релевантног степена сумње и цени да ли је тужилац пре одлучивања о отварању истраге извршио „*истинску истрагу основних чињеница*“ (ради остваривања заштите лица од арбитрерног хапшења и притварања); 6. Одговара доктринарном одређивању појма „*кривични поступак*“ („кривичнопроцесни однос суда између суда и странака“); 7. Одговара доктринарном ставу да *вођење кривичног поступка због најмањег степена сумње нарушава правну сигурност*, елемент права на правично суђење према савременим коментарима и тумачењима; 8. Јасно раздваја процесне стадијуме у претходном поступку, део поступка у коме се „*разјашњава сумња*“ од дела поступка у коме се „*утврђује основана сумња* (сагласно решењима у регионалном законодавству); 9. *Нespoјива је са вођењем истраге против непознатог учиниоца* чиме се избегавају претње по начело једнакости „оружја“ заснивањем пресуде на доказима из истраге (члан 406 ЗКП); 10. Одговара *традиционалној улози суда* у кривичнопроцесном законодавству; 11. *Покретање кривичног поступка узрокује бројне процесне последице и активира низ овлашћења јавног тужиоца*.

На основу наведеног, сматрамо да би се остваривање начела једнакости „оружја“ унапредило увођењем права одбране на изјављивање жалбе против *решења* јавног тужиоца о спровођењу истраге и да би било адекватно начелно законско уређење:

- *Јавни тужилац доноси решење о спровођењу истраге против осумњиченог ако сматра да постоји основана сумња да је учинио кривично дело које му се ставља на терет. Пре доношења решења јавни тужилац ће саслушати осумњиченог, осим ако постоји опасност од одлагања или ако је осумњичени претходно саслушан у складу са одредбама о саслушању окривљеног и оцени да његово саслушање није нужно. Против решења о спровођењу истраге осумњичени и његов бранилац могу да изјаве жалбу. Јавни тужилац је дужан да жалбу одмах достави судији за претходни поступак, који одлучује о жалби у року од 48 сати. Жалба не задржава извршење решења.*

Пожељне су јаче законске заштитне гаранције начела једнакости „оружја“ у погледу одлучивања о неприсуствовању осумњиченог доказној радњи испитивања сведока у поступцима за кривична дела за која поступа јавно тужилаштво посебне надлежности. Огледају се у: 1. Прописивању прецизних материјалних услова ради сужавања обима дискреционог овлашћења (постојање озбиљних претњи по живот и основна добра сведока, по националну безбедност, озбиљно угрожавање сврхе истраге); 2. Одлучивању судије за претходни поступак по захтеву јавног тужиоца; 3. Испитивању сведока на доказном рочишту (надлежност јавног тужиоца да обезбеђује доказе противна је природи и сврси обезбеђења доказа, више пута је истицана потреба увођења доказног рочишта у правној теорији, пракси, у поступку законодавних реформи, значај рочишта препознаје се у пракси ЕСЈП, гаранција је захтева права на правично суђење, веродостојности исказа, начела непосредности, прихвата се у упоредном праву и регионалном законодавству); 4. Одсуству физичког присуства браниоца у просторији у којој се испитују сведоци уз омогућавање остваривање права на одбрану посредним путем, употреби техничких средстава за пренос звука и слике или звука (примена мера уравнотежења). У овим случајевима дозвољено је ограничити и право на разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ.

Потребно је изричито правило о обавештавању/позивању одбране о предузимању доказне радње саслушања других осумњичених. У прилог овом схватању је и различито тумачење у пракси и садржина приговора и притужби због неправилности у току истраге поднетих због неизвесног тумачења. Поменута ограничења права одбране на присуство доказној радњи испитивања сведока могу да се односе и на друге осумњичене у поступку. Неопходно је изричито формулисати правило и дозвољене изузетке. У упоредном законодавству установљава се доказно рочиште за саслушање других окривљених.

Увођење судског доказног рочишта, по предлогу странака и браниоца, ради обезбеђења доказа, подразумева примену и заштиту начела једнакости „оружја“, а прихваћено је и у регионалном законодавству („судско обезбеђење доказа“). Регулисањем доказног рочишта уједно се доприноси задовољавању суштине права одбране да преиспитује исказ сведока (у аутономном значењу појма), ублажава изузетак од примене начела непосредности и омогућава јачи кредибилитет доказа изведених на овај начин на којима се може заснивати пресуда. Ефекти на права одбране неприсуства субјеката у функцији одбране у поступку одређивања заштићеног сведока додатно могу да се уравнотеже доказним рочиштем.

Начелан предлог регулисања доказног рочиштау *de lege ferenda* смислу формулишемо на следећи начин:

- *Јавни тужилац, окривљени и бранилац могу у току истраге поднети захтев судији за претходни поступак да спроведе одређене доказне радње ако постоји опасност да њихово извођење на главном претресу не би било могуће или би било знатно отежано. Судија за претходни поступак одлучује о захтеву у року од 48 сати. Против решења судије за претходни поступак којим се одбија захтев дозвољено је изјављивање жалбе већу из члана 21 став 4.*

- Доказно рочиште ће се спровести ако постоји опасност да се лице због старости, болести, или других важних разлога неће моћи испитати на главном претресу или да ће његово испитивање на главном претресу бити знатно отежано.
- Доказно рочиште ће се спровести ако постоји вероватноћа да се на главном претресу неће поново саслушати осумњичени на околност о кривичном делу које се ставља на терет другомосумњиченом.
- Посебно осетљив сведок саслушава се на доказном рочишту према правилима о начину испитивања посебно осетљивог сведока (члан 104 ЗКП).
- Ако се на доказном рочишту саслушава заштићени сведок, примениће се одредбе о начину испитивања заштићеног сведока (члан 109 ЗКП).
- На рочиште на којем се саслушава сведок, вештак или осумњичени позивају се странке, бранилац и оштећени. Странке и бранилац имају право да предложе судији за претходни поступак дапостави питања сведоку, вештаку или осумњиченом, односно да непосредно постављају питања по дозволи судије за претходни поступак, право на примедбе и објашњења као и право на предлагање прикупљања одређених доказа. Судија за претходни поступак може да одлучи да на рочиште не позове осумњиченог ако би то озбиљно угрозило сврху истраге, националну безбедност или ако постоје особите околности које указују на то да постоји опасност да ће присуство осумњиченог утицати на сведока или вештака да не сведочи или на веродостојност њиховог исказа. Обавезно је оптичко и тонско снимање саслушања.
- Ако на рочиште не дође бранилац који је уредно позван и не обавести суд о разлогу спречености или без одобрења напусти рочиште у случају обавезне одбране примењују се одредбе о изостанку браниоца са главног претреса (члан 382 став 2 ЗКП).
- Суд може да одреди да се доказно рочиште спроведе путем техничких средстава за пренос слике и звука.
- Суд може да одреди да се сниме саслушања путем уређаја за оптичко и тонско снимање

Снимање садржине и тока доказног рочишта (које је једна од законских процесних мера уравнотежења), може бити неопходно за утврђивање истине (посматрањем понашања сведока) и очување начела правичности у кривичном поступку, јер омогућава обазрив приступ суда при оцени доказа (фактор уравнотежења), а може да буде и значајна процесна мера уравнотежења.

Од суштинског значаја за начело једнакости „оружја“ је право на увид у списе предмета, у контексту права на информацију и прецизно уређење дозвољеног ограничења права. На основу истраживања изводимо следеће најважније закључке: 1. Уместо „упознавања са прикупљеним доказима“, потребно је да се засебно и детаљно регулише разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ и његова ограничења у истрази, у прилог чему иде и садржај приговора због неправилности у току истраге (позивања одбране на ускраћивање права на разматрање списка и разгледање предмета и захтев који се у пракси упућује јавном тужиоцу да донесе формалну одлуку о ускраћивању права); 2. О ограничењу одлагања разматрања списка и разгледања предмета док се не саслуша последњи доступни осумњичени потребно је да одлучује јавни тужилац решењем; 3. Потребно је установити да право на изјављивање жалбе против решења имају осумњичени и бранилац, а да судија за претходни поступак одлучује о жалби; 4. Потребно је установити разлоге за ограничење права (озбиљно угрожавање сврхе истраге и озбиљна претња по националну безбедност). Разматрањима иду у прилог европски стандарди којима се упућује на обезбеђивање правног лека у случају одбијања пружања информација. Приговор због

неправилности током истраге обухвата побијање неограниченог броја неправилности, ретко се изјављује, а још ређе се активира надлежност судије за претходни поступак.

С обзиром на напред наведено, *ratio legis* постизања равнотеже реализације начела истине и правичности, истичемо као могућ предлог *de lege ferenda* засебно регулисање у члану 251 ЗКП или посебном члану под насловом „ограничење права на разматрање списка и разгледање предмета“ ограничење права одбране у истрази:

- *Изузетно, јавни тужилац може након доношења решења о спровођењу истраге и након саслушања осумњиченог, ако је пре доношења решења о спровођењу истраге осумњичени саслушан, ускратити осумњиченом и браниоцу право на разматрање појединог дела списка и разгледање одређених предмета најдаље до завршетка истраге ако би се тиме озбиљно угрозила сврха истраге, национална безбедност или би се озбиљно угрозио живот, здравље, слобода или имовина већег обимадругих лица. Јавни тужилац доноси решење о ускраћивању права на разматрање списка и разгледање предмета ако ускраћивање оправдава ограничење права на одбрану. Против решења осумњичени и бранилац имају право на изјављивање жалбе судији за претходни поступак. Жалба се подноси јавном тужиоцу који је одмах доставља судији за претходни поступак уз обавештење о разлозима за ускраћивање права. О жалби судија за претходни поступак одлучује у року од 48 сати.*

Предузимање доказних радњи у корист одбране законски је механизам судске контроле јавног тужиоца у спровођењу истраге, који има пре свега превентивну сврху, те нормативан значај за заштиту начела. Иако га одликује недовољно и нејединствено законско уређење, у пракси се захтевају заштитне гаранције (формално одлучивање образложеним решењем, достављање суду тужилачких списка). Истраживањем примене, изводи се закључак да је неефикасан, због одсуства дужности јавног тужиоца да са једнаком пажњом испитује и *утврђује* чињенице које терете окривљеног и које му иду у прилог, одсуства везаности суда начелом истине, те због установљења крајње сужене доказне улоге суда у истрази, везане искључиво потребама правичног спровођења поступка, заштите основних људских права и слобода. Стварна судска контрола поступања јавног тужиоца остварује се накнадно, у поступку контроле оптужнице, чиме се задатак судије за претходни поступак „преваљује“ на ванпретресно веће. Усвајање предлога од стране заменика јавних тужилаца, мотивисано је практичним, а не нормативним разлозима.

„Формалним“ увођењем прикупљања доказа и материјала у корист одбране не штити се додатно начело једнакости „оружја“, јер по природи радњи одбране, резултатима, њиховој дозвољеној примени и практичним ефектима није „оружје“ које може да парира „оружју“ јавног тужиоцу. Не оснажује се положај окривљеног у кривичном поступку. Сматрамо да се не може очекивати да ће се овим законским механизмом унапредити дужност непристрасности у погледу предлога одбране за предузимање доказних радњи у корист одбране. Концепцијски, елементи страначке истраге противни су остваривању дужности непристрасности јавног тужиоца.

Законик не уводи страначку истрагу, што произилази из доктринарних разматрања, нормативне анализе истраге и контроле оптужнице и упоредне нормативне анализе италијанског и македонског законодавства. Није уређен поступак прикупљања доказа и материјала нити заштитне гаранције, те се генерише колузиона опасност. Негативно делује на остваривање темељне конституционалне гаранције једнакости пред законом и онемогућава улогу јавног тужиоца да обезбеди једнакост пред законом. Сматрамо да је довољно установљивање *права* окривљеног да прикупља доказе у корист одбране. Страначка истрага подразумева поступак на другачијим темељима, пре свега одсуство дужности непристрасности јавног тужиоца, дужност „размене информација између странака“ пре суђења и прописивање процесних последица кршења дужности, чија је основна теоријска

замерка супротност претпоставци невиности и привилегији против самооптуживања. Мишљења смо да би,руководећи се наведеним разлозима, најадекватније било брисање овог законског механизма из текста ЗКП – а.

На основу свега наведеног, путем нормативне анализе важећег и ранијег законодавства, упоредноправне анализе, доктринарних ставова и ставова из праксе ЕСЈП, потврђена је друга хипотеза („захтев судске контроле покретања кривичног поступка и одлука јавног тужиоца током спровођења истраге“ у циљу заштите начела) и дати су предлози *de lege ferenda* ради развоја „практичног и делотворног“ остваривања начела.

IV

Важећа правила допринела су остваривању начела једнакости „оружја“ у поступку контроле оптужнице у мери у којој су решења о потврђивању оптужнице, за разлику од ранијих решења о одбијању приговора, детаљније образложена и садрже подробнија разматрања навода из одговора на оптужницу. Закључак се изводи истраживањем судске праксе и анализом решења о потврђивању оптужнице.

Више аргумената иде у прилог треће хипотезе да „надлежност ванпретресног већа да испитује оптужнице на контрадикторном рочишту уз одсуство права на изјављивање жалбе на решење о потврђивању оптужнице смањује потенцијалне повреде начела једнакости „оружја“, а повећава ефикасност поступка контроле оптужнице“.

Остваривање захтева начела једнакости „оружја“ у овој фази поступка огледа се у:

1. *Потреби да оптужба буде потпуна, прецизна, тачна, јасна, детаљна* (што се цени према фази поступка) и *разумљива оптуженом* ради заштите права на информисање и делотворне одбране, средстава за остваривање начела. Ови захтеви произлазе из текста закона, доктрине, праксе ЕСЉП и европских стандарда. Новија судска пракса установила је строге захтеве уредности оптужног акта. Потпунија заштита остварива је дозвољавањем да се оптужница врати на уређење и током испитивања оптужнице (не само након њеног подношења), што је могуће на основу ЗКП Црне Горе, Хрватске.

2. *Нормативним и фактичким гаранцијама свеобухватног разматрања примедба одбране у погледу законитости и оправданости оптужнице*: захтеву поучавања о праву на правно средство, дужности већа да разматра правно средство одбране и образложи одлуку о правном средству одбране којим се супротставља оптужби, обавезној одбрани, једнаком достављању доказа који су против окривљеног и доказа који му иду у корист, у складу са дужношћу непристрасности јавног тужиоца.

3. *Установљењу контрадикторне седнице већа*, чије се заседање активира примарно по иницијативи одбране и супсидијерно по службеној дужности, што се аргументује мишљењима из правне теорије о „најбољем старању о својим правима“ и ранијим законским решењима (ЗКП/2006). Контрадикторна седница већа, заговарана у новијој правној теорији, додатна је гаранција да ће се свестрано размотрити ставови одбране и пре суђења испитати *законитост доказа* чије коришћење чини суђење „непоправљиво“ неправичним. Аргумент у прилог томе даје и судска пракса, јер из примера издвојених током истраживања произлази склоност већа да фактички предузима истражна овлашћења. Овакво поступање већа прети да повреди начело једнакости „оружја“.

4. *Дозвољавање истражних овлашћења већа само на контрадикторној седници већа* која обезбеђује делотворно учествовање странака. Наређивање јавном тужиоцу од стране суда да допуни истрагу прибављањем додатних података и истражна овлашћења суда (по захтеву странке, по службеној дужности) нису противни начелу једнакости „оружја“ . Примењују се и у типичним страначким поступцима (прелиминарна расправа пред магистратом у САД; овлашћење Велике пороте да нареди прибављање доказа, да врати оптужницу магистрату; овлашћење судије за претходну истрагу на претходном рочишту у Италији да „наложи даље истраге“, одреди изузетно извођење доказа по службеној дужности). Истражна овлашћења већа траже права учешћа странака током њиховог спровођења (право на присуство, постављање питања, предлагање извођења доказа, изношење примедби, закључака). Наведена разматрања иду у прилог прве хипотезе рада.

Одсуство права на изјављивање жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице/отварању главног поступка/упућивања предмета на суђење познаје више примера у упоредном и регионалном законодавству. Само по себи, није кршење захтева начела једнакости „оружја“. Повреда начела утврђује се у односу на кривични поступак у целини. Важно је да је одбрани пружена прилика да се делотворно супротстави оптужби, што следи из праксе ЕСЈП. Оправдано је у условима шире надлежности суда у истрази (контрола покретања истраге, доказно рочиште). Убрзава упућивање предмета на суђење, без опасности угрожавања права на одбрану у условима свестраног разматрања законитости и правилности оптужнице пред професионалним судијама на контрадикторном рочишту, чиме се доприноси ефикасности кривичног поступка у целисти. Такође, истраживање пружа податке и о малом броју укинутих решења о потврђивању оптужнице у суду који је био предмет истраживања у току 2017. године и 2018. године.

На основу наведених закључака, формулишемо могуће начелне предлоге промене структуре стадијума контроле оптужнице у *de lege ferenda* смислу:

- *Окривљени има право да поднесе приговор против оптужнице у року од осам дана од дана достављања оптужнице. Окривљеном се уз оптужницу доставља и поука о праву на подношење приговора, о праву да укаже на доказе у своју корист и о праву да пре започињања главног претреса предложи суду извођење доказа у своју корист.*
- *Ако председник већа из члана 21 став 4 не одбаци приговор као неблаговремен или као недозвољен, веће из члана 21 став 4 одлучује о приговору на седници већа у року од 15 дана од истека рока за подношење приговора. На седницу већа позивају се странке и бранилац. Седница већа ће се одржати ако уредно позван окривљени не дође и изостанак не оправда, као и ако се позив окривљеном није могао уручити због необавештавања о промени адресе пребивалишта или боравишта, а на седници је присутан бранилац.*
- *На седници већа тужилац износи доказе на којима заснива оптужбу. Окривљени и бранилац имају право да укажу на доказе у корист окривљеног, на пропусте у истрази, на незаконите доказе, да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио кривично дело које је предмет оптужбе, да изнесе и образлажу предлоге и закључке о оптужници. Ако веће поводом приговора утврди да оптужба не садржи све што је потребно да би се по њој могло поступити, вратиће је тужиоцу да у року од три дана исправи недостатке. Веће ће вратити оптужницу јавном тужиоцу да се истрага допуни односно спроведе ако по приговору нађе да је потребно боље разјашњење стања ствари да би се испитала основаност оптужнице. Након расправе на седници већа о законитости доказа, веће доноси решење о издавају доказа из списка предмета. Веће је овлашћено да нареди да се одређени докази прибаве и да одреди извођење одређених доказа ради бољег разјашења стања ствари у погледу законитости доказа. Против решења којим се одбија предлог одбране да се незаконит доказ издвоји, дозвољено је изјављивање жалбе. Ако веће из члана 21 став 4 нађе да је приговор неоснован, доноси образложено решење о одбијању приговора против којег није дозвољено изјављивање жалбе.*
- *Ако приговор није поднет или је одбачен, а председник већа из члана 21 став 4 оцени да је потребно испитивање оптужнице, заказује седницу већа из члана 21 став 4у року од 15 дана од истека рока за подношење приговора односно одбацивања приговора. Сходно се примењују одредбе о одржавању седнице већа по приговору. Ако се веће на седници сложи са оптужницом, констатује то у службеној белешци.*
- *Ако приговор није поднет или је одбачен, а председник већа из члана 21 став 4 не оцени да је потребно испитивање оптужнице на седници већа, констатује у службеној белешци да се слаже са оптужницом.*

Припремно рочиште је пре свега карактеристика адверзијалног поступка. Адверзијални елементи су шира сврха рочишта која обухвата изношење оптужбе и изјашњења о оптужби, изношења одбрана, откривања доказа, примена терета доказивости, издвајање спорних питања (чињеничних, правних, доказних), процена трајања суђења. Уређење припремног рочишта према Законнику о кривичном поступку испуњава захтеве једнакости „оружја“, али његова сврха није „откривање одбране“, својствено страначком поступку, ради увођења неопходне равнотеже у кривични поступак. Циљ рочишта је обезбеђивање реализације права одбране на разматрање списа и разгледање предмета, увид суда у предложене доказе, спречавање одуговлачења суђења, прекида и одлагања главног претреса. Равнотежа у овој фази остварује се омогућавањем одбрани да се упозна са оптужбом и доказима како против тако и у корист окривљеног. Постиге се правом на присуство браниоца и неопходном присуству браниоца у случају неоправданог изостанка окривљеног, изношењем оптужбе, правом окривљеног да се изјасни о оптужби, да изнесе и предложи доказе у прилог одбрани, дужношћу непристрасности јавног тужиоца у погледу достављања доказа суду, омогућавањем одбрани да изврши увид у списе предмета ради упознавања са доказима како против тако и у корист окривљеног и припреме одбране. У погледу издвајања незаконитих доказа, важно је да је одбрани пружена прилика да предложи издвајање, изнесе разлоге, достави и предложи доказе.

Додатна је заштитна гаранција положаја окривљеног, нарочито у ситуацији када окривљени нема браниоца, овлашћење председника већа да по службеној дужности донесе решење о издвајању доказа и да обустави поступак. Иако се према ставу судске праксе на припремном рочишту могу навестити елементи терета доказивости (продукционог терета), привилегован положај окривљеног огледа се у *праву* да изнесе одбрану односно о *одсутности обавезе да да разлог оспоравања оптужбе*. Правила о припремном рочишту имају подстицајни карактер за странке да својом процесном активношћу окончају или убрзају кривични поступак, а не садрже страначку дужност откривања одбране нити *обавезну* преклузију као последицу неблаговремених доказних предлога, што произлази из нормативне и упоредноправне анализе и доктринарних запажања. Осим тога, оцена оправданог разлога за неизношење доказних предлога одбране на припремном рочишту подразумева извесно „вагање“ и „ослушкивање“ страначких интереса, јер одбрана вреднује доказне предлоге тужиоца, потребу изношења доказа на припремном рочишту, или не може тренутно да процени ефекат доказа. Одржавање контрадикторне седнице већа и доказна иницијатива у поступку контроле оптужнице, вероватно би смањили потребу одржавања припремног рочишта, што би актуелизовало питање задржавања припремног рочишта у кривичном поступку.

Иако законодавац настоји да заштити начело једнакости „оружја“ страначким испитивањима на главном претресу (основним и унакрсним испитивањима) која у принципу одражавају тежњу да суд правилно и правично цени исказе сведока, истовремено утврђује правила која су претња по реализацију начела у контексту јавнотужилачке истраге (упознавање са садржином записника о исказима сведока из истраге). Овај инквизиторски елемент израз је тежње за истином и очувања начела неспојивости кривично процесних функција, својственог континентално – европском типу поступка, али нерестриктивном применом изузетака доводи се у питање свестрана оцена доказа, те правилно и потпуно утврђено чињенично стање. Ради очувања равнотеже у кривичном поступку, те начела правичности, судска пракса пружила је смернице у погледу коришћења исказа саоптуженог/већ осуђеног саучесника. Унакрсно испитивање на начин на који је дефинисано

и прописано у Законику о кривичном поступку није посебан метод, техника испитивања, атипично је страначким системима, није потпуно уређено нити тумачено у судској пракси у погледу испитивача, испитаника, предмета испитивања, противно је пре свега правилима о доказној улози и интервенцијама суда у испитивање субјеката у страначким функцијама, циљевима прилагођеним поротном систему, дужности непристрасности јавног тужиоца, разлогу за одређивање притвора (колузиона опасност), ширим изузецима од начела непосредности. У случају да суд одреди испитивање сведока, подељени су ставови у погледу карактера односно природе испитивања/постављања питања од стране странака и браниоца. Начелно увођење основног и унакрсног испитивања захтева стручну, вешту, марљиву и искусну правну помоћ окривљеном ради делотворне одбране. Задатак одбране је да унакрсним испитивањем, када је оно оправдано, бар побуди сумњу у исказ сведока.

Значај истине у кривичном поступку следи из улоге суда да цени релевантност доказног предлога странке за исход кривичног поступка – да ли је потребно да се саслуша одређени сведок, да ли је његов исказ „неопходан за утврђивање истине“. Иако ЕСЈП даје дискреционо право суду да цени доказе, у пракси ЕСЈП се у сврху утврђивања да ли је одбрана ограничена у мери да је повређено начело једнакости „оружја“ испитује да ли је у моменту одлучивања о доказном предлогу постојала потреба да се у *потпуности и детаљно разјасне оспорене релевантне околности*. У случају одсуства образложене одлуке суда односно суштинског образложења одлуке, поставља се практично „на место националног суда“ ценећи доказе. Наведена разматрања иду у прилог ненаступања обавезне преклузије у случају неблаговременог достављања доказног предлога одбране. Равнотежа у кривичном поступку постиже се и другим процесним механизмима који омогућавају санкционисање и припрему противне стране и суда за суђење (прописивање и примена дисциплинских мера према странкама и браниоцу, информације о сведоку за суд и супротну страну, одлагање главног претреса). Једна од одлика тежње трагања за истином је слободно и спонтано изношење исказа сведока. Ускраћивање одбрани прилике да унакрсно испита сведока оптужбе или да му постави питања спречава и суд да правилно, потпуно и правично оцени тежину и веродостојност исказа сведока.

Равнотежа трагања за истином и права на правичан кривични поступак у целини одражава начело једнакости „оружја“. Потреба испитивања истинитости тврдњи сведока оптужбе, веродостојности, значаја и вредности његовог исказа, те кредибилитета сведока, спој је захтева трагања за истином и права на одбрану. Укидање и ограничавање права на преиспитивање исказа сведока од стране одбране мора да буде строго изузетно, видљиво правдано важним, уверљивим, легитимним интересима/разлозима (важан државни, друштвени интерес или заштићени легитимни индивидуални интерес). Обавезан захтев је управо *појачано ангажовање суда*: 1. *предузимање позитивних, разумних мера и радњи и „марљивост“ њиховог предузимања ради обезбеђења права одбране на преиспитивање доказа оптужбе*; 2. *посебна пажња суда усмерена на одлучивање о доказним предлозима одбране ради извођења доказа у циљу провере нетестираних доказа или доказа чије је преиспитивање ограничено за одбрану, али и поступање суда по службеној дужности ради провере доказног кредибилитета ових доказа у циљу заштите права на одбрану*; 3. *свеобухватна и критична оцена нетестираних доказа која показује посебно обазрив приступ суда према овим доказима*.

Осим пажљивог поступања суда, практичан захтев је брижљив и пажљив приступ јавног тужиоца као органа поступка у циљу смањивања ризика „искључивог или одлучујућег доказа“, односно неизвесности да ли се ради о таквом доказу. Ово поступање значи активно трагање за доказима којима се проверава веродостојност нетестираног доказа и осигурање остваривања пуних права на одбрану током предузимања доказних радњи, као и примена фактора уравнотежења, укључујући и могуће процесне мере уравнотежења у правном оквиру. Важна је улога судије за претходни поступак правилно испитивање значаја и

поузданости исказа заштићеног и анонимног сведока. Изузетак у истрази у погледу недозвољавања присуства одбране испитивању сведока, спречава утицај осумњиченог на сведока, „охрабрује сведоке да истинито сведоче“ из чега произлази циљ трагања за истином у кривичном поступку.

Сматрамо непотребнимнавођење засебног разлога за упознавање са садржином записника о исказима из истраге (законског основа за примену изузетка од начела непосредности у објективном смислу)и неадекватномњегову формулацију да сведок/вештак „без законског разлога неће да дају исказ на главном претресу“. Језичко тумачење нормe не одражава њену суштину и циљ који произлази из ставова ЕСЈП. Наиме, овде се ради о сведоку/вештаку који услед озбиљне застрашености или посебне осетљивостиодбија да да исказ или не може да се испита на главном претресу. Једино је исправно тумачење да је у овом случају реч о постојању специфичног „оправданог разлога“ за коришћење исказа из истраге и „добром разлогу“за заштиту сведока и његово неиспитивање на главном претресу, да код сведока постоји „релевантан“ („оправдан страх“) или значајна посебна осетљивост због којих ускраћује исказ („не даје исказ“односно одбија да понови исказ“/„не наставља да даје исказ“) или не може да да исказ, неотклоњивих применом алтернативних мера доступних у кривичном поступку. Овај разлог у суштини је обухваћен разлогом из члана 40б став 1 тачка 1 ЗКП – „други важан разлог“ (што је „застрашеност сведока“ и значајна посебна осетљивост)за немогућност односно знатно отежан долазак сведока пред суд. Оправдан је пре свега када су у питању одређена тешка кривична дела (организованог криминала, кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом) односно кривична дела одређене/специфичне природе (најчешће кривична дела против полне слободе, насиље у породици и друга кривична дела са елементима насиља).

Коришћење исказа саокривљеног у форми писане исправе на главном претресу као доказа против окривљеног израз је тежње истини у кривичном поступку (без формалног основа у начелу истине) путем упознавања са сазнањима саоптужених или саучесника у погледу кривичног дела које се ставља на терет другом саоптуженом или саучеснику и поштовања правила о одвојености процесних функција, што су одлике континентално – европског типа поступка. Правило генерише опасност по остваривање начела расправности и једнакости „оружја“ у кривичном поступку, јер се окривљеном може ускратити да у поступку у целини поставља питања саокривљеном, да се у потпуности изјасни о исказу саокривљеног, да га коментарише, објашњава и предлаже доказе у своју корист у циљу побијања кредибилитета саокривљеног и веродостојности његовог исказа.

У поступку контроле оптужбе исказ саокривљеног сам по себи, без других доказа не може да буде довољан за извођење закључка да постоји оправдана сумња у погледу другог саокривљеног и кривичног дела које му се ставља на терет, већ се мора испитивати да ли постоје други инкриминишући докази. Пре одлуке суда да се пресуда заснује на нетестираном исказу саокривљеног као доказу оптужбе, осим чињенице да је примена члана 40б став 1 ЗКП опција, а не дужност суда, те основних смерница судске праксе које се односе на типичне практичне ситуације, потребно је да се узме у обзир да ли су током поступка у целини примењени *фактори уравнотежења положаја саокривљеног* (саокривљених), да ли се одбрани током поступка пружила прилика да такав исказ оспорава, да предлаже доказе којима ће се исказ оспоравати, да суд и по сопственој иницијативи проверава наводе одбране („провера другим доказима“). Такође, треба да се има у виду да су могуће ситуације у којима постоји неизвесност да ли је доказ одлучујући и да Конвенција појмом „сведока“ обухвата и саокривљеног, те да је у ситуацијама када је правичност суђења озбиљно угрожена, потребно да суд предузме неходне мере да обезбеди присуство саокривљеног као сведока у кривичном поступку. Суд је дужан да на основу резултата главног претреса и свих прикупљених доказа са посебном пажњом цени нетестирани исказ саокривљеног.

Стручни саветник (право на ангажовање и захтевање постављења стручног саветника) једно је од „оружја“ одбране за делотворно остваривање права на преиспитивање научних доказа током поступка у целини, процесни субјект који контролише вештачење и резултате вештачења. Његово увођење последица је начелне доказне активности странака, поделе доказа и потребе увођења заштитних гаранција и додатних правила процедуре која ће ограничавати поступање јавног тужиоца у истрази, контролисати његову непристрасност и непристрасност вештака којег је именовао. Остварује права у односу на судског вештака и у односу на стручног саветника противне стране. Стручни саветник није приватни (страначки) вештак. Према законском уређењу, његово испитивање не може се одбити ако га ангажују странке. Стручни саветник према важећем решењу има двоструку природу (контролна у односу на вештака и вештачење и доказно средство) и двоструку сврху (унапређење начела једнакости „оружја“ и боље разјашење стања ствари) које су паралелне и заједно се сагледавају.

Формално, у кривичном поступку одбрана не спроводи сопствене научне истраге, што је последица одсуства страначке истраге, те права стручног саветника да да исказ на главном претресу као сведок, а не да израђује паралелно налаз и мишљење. Практично, да би изнео исказ и контролисао налаз и мишљење и исказ вештака, стручни саветник спроводи извесне практично могуће истраге (израде планова, мерења, израчунавања параметара) и има контролна права учешћа у вештачењу. Претходно, има законска права у току самог вештачења и непосредно након израде налаза и мишљења вештака.

Из нормативне анализе, истраживања праксе и практичних разматрања следи да је јавни тужилац овлашћен да ангажује стручног саветника када је странка пред судом, на главном претресу, што се ређе остварује у пракси, у случајевима допуна вештачења, сложених вештачања, бројних примедба на вештачење.

Изостаје законско регулисање времена до када је дозвољено ангажовање стручног саветника (практично прихваћено шире тумачење судске праксе – до правноснажног окончања кривичног поступка), као и да ли постоје случајеви у којима је дозвољено да се одбије и ограничи учешће ангажованог стручног саветника. Поменуте недостатке „попуњавала“ је пракса, у оквирима правила о стручном саветнику и применом процесних заштитних гаранција права на одбрану (гаранције одлучивања) и тумачењем правила у смислу обезбеђивања делотворне одбране. Непотпуно је уређено обавештавање осумњиченог и браниоца о вештачењу у истрази и поступак одређивања вештачења у истрази. Потребна су правила која ће „ојачати“ положај одбране ради омогућавања да остварује права у вези са вештачењем. У наведеном циљу сматрамо адекватним, у сагласности са садржином наредбе о вештачењу, начелима расправности и једнакости „оружја“ да се пропише *дужност јавног тужиоца да обавести осумњиченог односно његовог браниоца о предузимању доказне радње вештачења и дану и часу доношења наредбе о вештачењу, те да могу до доношења наредбе да ангажују стручног саветника чије ће пуномоћје доставити јавном тужилаштву, као и дужност достављања наредбе о вештачењу.*

Стручни саветник полаже заклетву, формално има дужност непристрасности, која се обезбеђује појединим законским правилима (заклетвом, постављењем стручног саветника према правилима о одређивању вештака) и фактичким захтевима (у циљу обезбеђења довољне стручности ангажовање стручног саветника са листе сталних судских вештака). Дужност непристрасности противна је природи страначког кривичног поступка која подржава солидарност, кооперативност страначког вештака (пре свега са браниоцем) и припрему његовог исказа, научне и стручне страначке истраге, страначко откривање научних доказа. Упитно је да ли постоје довољне формалне и фактичке гаранције које смањују ризик пристрасности генерисан страначким финансирањем стручних саветника, али и правила о успостављању одговорности и санкционисања стручног саветника због непоштовања

процесних дужности и правила за заштиту окривљеног у односу на поступање стручних саветника. С тим у вези, сматрамо потребним да се размотри примена института изузећа стручног саветника сходно правилима о изузећу вештака, те разрешења стручног саветника ради обезбеђивања поштовања процесних дужности.

Законик задржава заштитне гаранције начела једакости „оружја“ присутне у континентално – европским системима (механизме преиспитивања вештачења и вештака, права и правна средства странака, браниоца и овлашћења суда у односу на вештачење и вештака). Из судске праксе ЕСЈП следи да је за начело једнакости „оружја“ најважније питање непристрасност судског вештака, односно да ли постоји објективна сумња у његову непристрасност, да ли је налаз и мишљење једини или кључни доказ на коме се заснива пресуда, као и процесни положај вештака.

Излагања о потреби установљења овлашћења суда по службеној дужности ради заштите начела једнакости „оружја“ и у оквирима поштовања захтева начела једнакости „оружја“ потврђују четврту хипотезу: *„Постања суда по службеној дужности не смеју да наруше равноправност странака у смислу да се странкама морају ставити на располагање једнаки услови и начини да утичу на ток и исход поступка“*.

Није оправдано, логично нити принципјелно да се пресуда може заснивати на нетестираним тужилачким и полицијским доказима као доказима оптужбе, а да се суду који ужива гаранције независности и непристрасности, те има улогу „чуvara“ начела правичности не омогући да одреди извођење доказа по службеној дужности ради утврђивања *правнорелевантних* чињеница у оквиру граница оптужног акта омогућавајући странкама да се под истим условима (подједнако) упознају са овим доказима, адекватно припреме за остваривање својих страначких функција, да учествују у њиховом извођењу, побијају их, предлажу доказе у циљу њиховог преиспитивања и побијања, поштујући начела једнакости „оружја“ и расправности.

Доказна овлашћења суда извођења доказа по службеној дужности у складу су са монополом суда да одлучује о доказним предлозима, те о увођењу нових *правнорелевантних* чињеница у кривични поступак, којим се одражава циљ истинитог и у потпуног утврђивања чињеница, „учинковитог кривичног поступка“, односно према пракси ЕСЈП легитиман захтев „одвраћајућег ефекта правосудног система“. Тиме суд одлучује који су докази и које чињенице важне за законито и правилно пресуђење. Осим тога, доказна активност суда по службеној дужности ограничена оптужним актом, сагласна је са одговорношћу суда за погрешно и непотпуно утврђивање чињеничног стања, фактичкој последици овог жалбеног основа. *Заштитна је гаранција спречавања фактичке доминације положаја јавног тужиоца* наспрам положаја окривљеног, те одржавања потребне равнотеже, у ситуацијама када окривљени нема браниоца и изостаје доказна активност окривљеног, а резултат главног претреса и околности и подаци из списка предмета указују да је могуће утврђивање другачијег и додатног чињеничног стања у корист одбране. *Исправља или уравнотежује недостатке настале за одбрану* у претходном поступку. У складу је са *позитивним обавезама суда* да предузима радње и мере успостављања равнотеже која је нарушена. И инструкције суда пороти у адверзијалним системима указују да се процењује значај ћутања одбране и у извесној мери ћутање коригује активностима суда у ситуацијама „сугерисаних одбрана“. Одсуство доказне активности суда ограничава претпоставку невиности и право окривљеног на ћутање уводећи дужност окривљеног да износи чињенице и доказе у своју корист. Омогућавањем странкама, браниоцу, стручним саветницима странака једнаке и праве прилике да расправљају о доказима изведеним по службеној дужности и страначке иницијативе ради преиспитивања ових доказа (права учешћа), одражава равнотежу начела истине и правичности, што је и одлика начела једнакости „оружја“.

Допуштене интервенције суда у погледу оптужбе по критеријумима из праксе ЕСЈП одражавају захтеве начела једнакости „оружја“ и полазе од положаја окривљеног у кривичном поступку у целости, поштовања права на потпуну и прецизну информацију о оптужби, могућности изјашњења о измењеном делу оптужбе, праве и довољне прилике за изношење „практичне и делотворне“ одбране о измени, свести окривљеног о могућности измене. Цени се значај измене за одбрану окривљеног према објективним мерилима (предмет измене, природа измене – да ли се мења радња извршења кривичног дела, конститутивни елементи дела, или друге околности које чине опис догађаја, да ли је суштински измена била обухваћена оптужбом/да ли је била својствена оптужби током поступка), да ли су чињеничне измене изношене током поступка, те да ли се о њима могло расправљати, да ли је измена правне квалификације била предвидива за окривљеног током поступка у целини. У доктрини је јасно изражен став о потреби да се изменама оптужбе положај оптуженог не погорша. Измене у ширем смислу треба да буду *in favorem defensionis* – додавање, измена у ужем смислу, изузимање/редуковање чињеница искључиво у корист окривљеног, или да њима положај окривљеног остаје *непромењен* односно да се *не мења* у „суштинском смислу“. Измене оптужбе у ширем смислу треба да задовоље захтеве постављене у пракси ЕСЈП, што се испуњава у случају да их је одбрана изнела, позвала се на њих, навела их (самоиницијативно, или по иницијативи суда), као и у случају да произлазе из доказа које је суд прибавио у корист одбране, или одредио њихово извођење, а о истима се расправљало.

VI

Правним лековима у кривичном поступку приписује се више функција, пре свега заштита људских права, па и права на правично суђење и права на одбрану, осигурање процесне и материјалне законитости и правилности одлука суда (органа поступка), заштита уставности и законитости, јединствена и једнака примена права, обезбеђење легитимитета судских одлука. Законик о кривичном поступку уређује поступање *favor defensionis* у жалбеном поступку правилима о службеним одбранама (обавезна одбрана, одбрана сиромашног окривљеног, постављење браниоца окривљеног у случају неуредног достављања пресуде окривљеном коме је изречена кривична санкција која се састоји у лишењу слободе), поступањима са неуредном жалбом поднетом у корист окривљеног, привилегијама *забране reformation in peius* и *beneficium cohaesionis*, елементима омогућавања једнаке расправе у другостепеном поступку (одговор на жалбу, претрес пред другостепеним судом и правила о једнаком процесном положају странака, мерама уравнотежења у корист оптуженог и привилегијама за оптуженог у погледу измене оптужног акта на претресу пред другостепеним судом). Другостепени суд има „пуну“ надлежност (разматрање чињеничних, правних питања и одлуке о кривичној санкцији) која омогућава отклањање недостатака, а пред другостепеним судом се може одржати расправа о чињеничним (претрес пред другостепеним судом) и изузетно правним питањима (присуство странака на седници већа).

Сужавање поступања у корист одбране огледа се у границама испитивања пресуде по жалби, а правда се потребом задовољења диспозиције странака. Промене у законодавству иду у супротном смеру од развоја заштите права на правично суђење и права окривљеног. Противне су дугој традицији поступања по службеној дужности у погледу повреда закона која је одражавала уједно заштиту страначког и јавног интереса. Претходно важеће законско решење установљавало је надлежност другостепеног суда да води рачуна по службеној дужности о бројним таксативно наведеним повредама кривичног поступка које су се сврставале у апсолутно битне повреде поступка, кршењу правила о суђењу у присуству и обавезној одбрани као и повреди кривичног закона на штету окривљеног чиме је процесни положај окривљеног у другостепеном поступку био знатно ојачан. Промене су противне решењима у упоредном законодавству и мишљењима у правној доктрини о логичкој „међусобној повезаности жалбених разлога“. У стручним радовима се указало и на нормативне неједнакости и нелогичности у односу суда према странкама. Судска пракса је

реаговала тумачењем правних празнина у циљу избегавања повреда закона на штету окривљеног до стицања својства правноснажности пресуде. Тумачење у ширем смислу било је изражено нарочито у ситуацијама када је окривљени након што је изјавио жалбу, а по истеку рока за изјављивање жалбе, спречен да се позове на накнадно наступелу застарелост, декриминализацију кривичног дела и примену блажег закона.

Испитивање поштовања начела једнакости „оружја“ у вези је са одлуком о потреби присуства оптуженог пред другостепеним судом. Пошто другостепени суд има „пуну“ надлежност, да би се извео закључак о неопходности приступа оптуженог на седницу већа пред другостепеним судом треба да се цене околности: природа питања о којима суд одлучује у конкретном случају (чињеничне грешке, правне грешке, грешке у погледу кривичне санкције), значај („тежина“) питања за оптуженог и потребе суда за присуством оптуженог да би одлучио о чињеницама. Ирелевантна је процесна активност оптуженог односно његова диспозиција. Ове околности су фактички услов за одлучивање о одржавању претреса пред другостепеним судом. Ако је жалба изјављена због правних питања, важну улогу има пружање информације оптуженом о оптужби у целисти у првостепеном поступку, те да ли је у целокупном поступку било омогућено оптуженом да оспорава правне аспекте случајева, при чему се води рачуна о исходу оцене жалбеног суда односно могућности да се оптуженом нанесе „велика штета“.

Законик о кривичном поступку у погледу присуства странака седници већа погрешно установљава неједнаке услове за странке да присуствују седници већа (условљање присуства субјеката у функцији одбране). Нормативна основа није логична и усклађена ако се има у виду уређење поступка по захтеву за заштиту законитости који се улаже због правних питања. Изучавањем судске праксе произлази да је доводила до утврђивања повреде права на одбрану окривљеног. Супротна је општим принципима које поставља ЕСЈП (закључак о „прејудицираној статусној неједнакости“), решењима из регионалног законодавства којима се уређују једнаки законски услови за странке у погледу обавештавања о седници већа. Осим тога, поступак обавештавања оптуженог о седници већа потребно је потпуније уредити. Потврђује се пета хипотеза рада да *обавештење о седници већа другостепеног суда треба регулисати тако да од оцене суда о „корисности за разјашњење ствари“ зависи да ли ће суд обавестити и окривљеног и надлежног јавног тужиоца*. Конкретан *de lege ferenda* предлог модификације и допуне законских правила може да буде формулисан на следећи начин, прихваћен и у законодавству појединих држава некадашње СФРЈ (Црна Гора, Република Српска, Хрватска, Словенија):

- *О седници већа обавестиће се овлашћени тужилац, оптужени или његов бранилац који је у року предвиђеном за жалбу или одговору на жалбу захтевао да буде обавештен о седници или предложио одржавање претреса пред другостепеним судом. Веће може да одлучи да се о седници већа обавесте странке и кад нису то захтевале или да се о седници већа обавести и странка која то није захтевала ако би њихово присуство било корисно за разјашњење ствари или значајно за доношење одлуке.*
- *Ако оптужени није обавестио суд о промени адресе пребивалишта или боравишта, седница већа се може одржати иако оптужени о седници није био уредно обавештен.*

Доктрина указује на потребу проширивања разлога жалбе на другостепену пресуду по угледу на разлоге у ранијем законодавству (разлог најтеже казне, утврђивања другачијег чињеничног стања на претресу пред другостепеним судом) и увођење новог разлога који се односи на изменуврсте кривичне санкције (преиначење судске опомене или условне осуде у безусловну казну затвора). Промене би ојачале положај окривљеног у случајевима измене кривичне санкције на штету окривљеног у условима утврђивања другачијег чињеничног

стања на претресу пред другостепеним судом (без промене чињеничног описа дела и правне квалификације на штету окривљеног у односу на оптужни акт овлашћеног тужиоца), као и преиначења врсте кривичне санкције на штету окривљеног на седници већа, што је посебно оправдано ако седници већа није присуствовао окривљени. Због тежине последица за окривљеног коме је изречена најстрожа казна, у циљу додатне гаранције приликом изрицања такве казне сматрамо разумном и оправданом гаранцијом положаја окривљеног у кривичном поступку да се пропише право на изјављивање жалбе против другостепене пресуде у случају да *другостепени суд изрекне казну затвора од тридесет до четрдесет година или доживотног затвора односно потврди првостепену пресуду којом јетаква казна изречена*, што је прихваћено и у законима држава некадашње СФРЈ. Закључак је у складу са оценом значаја који се приписује околности *„тежине питања за оптуженог“* у пракси ЕСЈП.

Ограничења приступа окривљеног Врховном касационом суду која се намећу процесним законом у целини не смеју да буду *„неразумна“* и *„нарочито строга“*. Начелно, подношењем захтева за заштиту законитости преко браниоца штити се право окривљеног на делотворну одбрану с обзиром на то да се овим правним леком побијају *„правне грешке“*, да су законске одредбе о ограничењима непрецизне, а њихово значење непредвидиво за окривљене, те да је стручно знање неопходно ради састављања формално исправног захтева који има изгледе за успех. Ипак, *уређивање трајања обавезне одбране до правноснажности пресуде, која обухвата одређене случајеве* (неспособност за успешну одбрану, изрицање капиталне казне), *теодсуство могућности да се окривљени након правноснажности пресуде позове на сиромашко право* ради лечења правних недостатака прети да доведе до повреде права на приступ суду односно да спречи уклањање повреде права на правично суђење учињено пред судовима нижег степена. Пружање правне помоћи је према начелима ЕСЈП примењиво и на поступак пред касационим судом.

Потенцијални предлог *de lege ferenda* који би требало размотрити у евентуалним будућим законодавним реформама јер гарантује правну помоћ у одбрани је да:

- *Обавезна одбрана у случајевима из члана 74 став 1 тачка 1 и 2 ЗКП траје од првог саслушања, током целог поступка.*

Такође, у складу је са реализацијом позитивне мере националне државе да обезбеди право окривљеног на делотворан приступ суду када је њено активирање неопходно, допунити члан 77 ЗКП утврђивањем да:

- *Након правноснажности пресуде, ако интереси правичности захтевају ради подношења ванредног правног лека и одбране у поступку по ванредном правном леку, окривљени који испуњава услове из члана 77 став 1 ЗКП може да поднесе захтев за постављење браниоца суду који је у ранијем поступку судио у првом степену.*

На овај начин обезбеђује се правна помоћ лицима која нису у могућности да *„делотворно уживају“* право на приступ суду и користе ванредни правни лек и *„делотворно право на приступ правди“*. Одлучивање у кривичном поступку сматрамо адекватним, јер су познате све околности конкретног случаја и најпотпуније могу да се цене. Недостаци у пружању правне помоћи прете да угрозе нечело једнакости *„оружја“* нарочито у ситуацијама када треба да се реши спорно правно питање у поступку по захтеву за заштиту законитости, у којем постоји потреба припреме за подношење захтева, познавање разлога за изјављивање захтева, искуство, правно знање и вештине, *„мерења снага“* са овлашћеним тужиоцем, као и у ситуацијама када је окривљени осуђен на казну затвора (посебно у распону од три до осам година). С обзиром на чињеницу да су ретки случајеви у пракси примене одбране сиромашног окривљеног (због законског супсидијаритета са обавезном одбраном), сматрамо да се не може основано прогнозировать већи број оваквих захтева односно пракса *„затрпавања“* судова захтевима и очигледно неутемељеним захтевима.

Узак основ за окривљеног да изјави захтев због повреде закона (ужи од основа за изјављивање правног лека због повреде закона у корист окривљеног у ранијем законодавству), није у сагласности са законским овлашћењем да се захтевом побија правноснажна одлука јавног тужиоца и повреде правила поступка који је претходио њеном доношењу. Таксативно побројане повреде закона условљене благовременошћу побијања и улагањем редовног правног лека, подложне су и друкчијем тумачењу од тумачења судске праксе и дела правне теорије. Доведене су у питање начелним овлашћењем окривљеног да изјави захтев за заштиту законитости, чији је *ratio legis* поступање у складу са начелом једнакости „оружја“, и неограничавањем Републичког јавног тужиоца да изјави овај правни лек због повреде закона на штету окривљеног.

Уређење захтева за заштиту законитости у контексту целокупног уређења кривичног поступка доводи у питање делотворан приступ суду, могућност практичног ефеката за одбрану и уопште делотворност захтева за заштиту законитости, нарочито имајући у виду улогу и значај Врховног касационог суда за заштиту законитости и уставности. Мишљења смо да је неопходно прецизније уређење повреда закона на штету окривљеног и барем проширивање основа за изјављивање захтева због повреде законатако да обухвати и повреду права на одбрану у поступку као релативно битну повреду одредаба кривичног поступка, у циљу успостављања потпуне улоге Врховног касационог суда (судећег суда и највишег суда у држави надлежног да обезбеди „јединствену судску примену права и једнакост странака у судским поступцима“), те равнотеже у заштити легитимних интереса. Сматрамо да је адекватно решење, сагласно начелним правилима о дозвољености и разлозима подношења захтева, које уводи нормативну равноправност овлашћења странака и гарантује делотворну заштиту права на одбрану у кривичном поступку, омогућавање *одбрани* да изјави захтев за заштиту законитости због *повреде права на одбрану у поступку која је од утицаја на доношење законите и правилне пресуде*, што је било обухваћено захтевом за заштиту законитости према ЗКП/2006. Повреда закона може да укључи и повреду права на одбрану, те се њеним толерисањем и занемаривањем повреда увећава. Захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, ванредни правни лек одбране, обухватао је повреду права на одбрану на главном претресу ако је била од утицаја на доношење правилне пресуде, а био је у начелу делотворно правно средство иако је његово коришћење било условљено и ограничено. Мотив увођења у законодавство овог правног лека било је управо начело једнакости „оружја“.

Дискреционо овлашћење Врховног касационог суда да одбаци захтев као недопуштен последица је потребе да се филтрирају предмети, као што је то некада чинио Републички јавни тужилац, без „оптерећивања“ образложењима. Није у супротности са начелима из праксе ЕСЈП, формално је једнако постављено за обе странке, али је сама формулација законског овлашћења противна уставним и законским темељима, што је неопходно изменити и прецизирати на начин да се не угрози судећа улога Врховног касационог суда која је уједно додатна („ванредна“) заштитна гаранција права на одбрану. Осим тога, регулисањем овлашћења суда на овакав начин заменарује се страначки интерес за правилну примену закона, а мишљење странака се и не захтева, што је противно страначкој диспозицији, чији значај се наглашава у поступку по правним лековима. Уједно, потенцијално се угрожава јавни интерес поштовања закона тиме што се не разматрају сви захтеви поднети због повреде закона, већ се отвара питање која повреда закона је значајна при чему нормативни захтеви значајне повреде нису управљени на утврђивање каузалне везе између повреде закона и правилности и законитости правноснажне пресуде односно стварне промене у положају окривљеног. Одбацивање *a priori* правног лека без образложења због нерелевантности повреде на коју се позива субјекат овлашћен за изјављивање правног лека, елеменат је присутан у адверзијалним поступцима, атипичан континентално – европским системима и нашој кривичнопроцесној традицији.

Иако се увођењем овлашћења окривљеног да преко браниоца поднесе захтев за заштиту законитости доприноси остваривању начела једнакости „оружја“ у односу на претходно важећи процесни закон, јер се побољшава третман окривљеног, ограничењима се не води рачуна о суштинском остваривању начела, нарочито ако се има у виду поступак по правним лековима у целини, чиме је потврђена шеста хипотеза рада.

VII

У посебним кривичним поступцима важе гаранције права на правично суђење, те и начела једнакости „оружја“, јер је главни предмет ових поступака *causa criminalis*. Потенцијално угрожавање делотворне одбране у скраћеном поступку је у случајевима факултативне одбране. Пажњу треба усмерити на испуњавање услова за одбрану сиромашног окривљеног, која се у пракси ретко примењује. Потребно је тумачити да се овај институт примењује у фази доказних радњи пре оптужења и уколико се према члану 7 ЗКП не сматра да је започео „кривични поступак“. Ако се поступак води за лакша кривична дела, разумне и оправдане су поједностављене форме поступања, али је задатак законодавца и судије да успоставе равнотежу легитимног интереса заштите права на одбрану и практичних захтева постизања поједностављења и убрзања поступка приликом прописивања и примене ових процесних форми. Главни претрес у одсуству оптуженог рестриктивно се примењује, а одлука треба да буде условљена претходним проверама испуњења заштитних законских гаранција права на одбрану, законитости претходног прибављања исказа окривљеног, оценом сви релевантних околности да би се извео законит и правиан закључак да ли је расправа пред судом неопходна и доношењем решења да се главни претрес одржи у одсуству оптуженог, као гаранције примене изузетка основног правила суђења у присуству окривљеног. Када је реч о притворским предметима, нарочита обазривост, марљивост и брижљивост се захтева приликом оцене трајања притвора пре оптужења најкраће неопходно време, да ли је јавни тужилац предузео све радње, мере и законске механизме да предузме доказне радње у најкраћем могућем року.

Рочишту за изрицање кривичне санкције претходи судска контрола оптужног предлога иако изостаје непосредно прописивање, што је додатна гаранција заштите окривљеног од незаконитих и неоснованих оптужних предлога. Окривљени се одриче права на расправу, са чим се мора сагласити суд. Присутни су елементи начела једнакости „оружја“ у овој додатно поједностављеној процесној форми: позивање на рочиште, правила о достављању позива, претходна упозорења оптуженом, поуке о процесним правима и дужностима, уношење у записник изјаве о браниоцу, изјашњење оптуженог о наводима јавног тужиоца, право на приговор којим се реализује право на приступ суду.

Полазећи од начела једнакости „оружја“, законито је, потребно и оправдано да предлог за изрицање мере безбедности психијатријског карактера по подношењу подлеже судској контроли због постојања следећих разлога: 1. предлог за изрицање мере безбедности је оптужни акт, према важећем уређењу овог посебног кривичног поступка, а није утврђено правно средство одбране против предлога (у виду одговора или приговора); 2. значаја питања за оптуженог (лишење слободе и принудно лечење окривљеног у случају изрицања мере безбедности затвореног типа, трајање мере није ограничено у формалним временским јединицама, већ фактичким роком – потребом за даље лечење); 3. сложености психијатријског вештачања у случају постојања сумње да је урачунљивост искључена; 4. у овом посебном поступку, сходно се примењују „остале одредбе Законика“ (члан 521 ЗКП). 5. суд има улогу у отклањању недостатака налаза и мишљења вештака, нарочито да нареди да се одреди вештачење здравствене установе, примењујући правило из члана 525 став 1 ЗКП. Делотворно остваривање права одбране на стручног саветника у истрази (фази доказних радњи пре оптужења), тражи разматрање увођења права стручног саветника да присуствује током вештачења у здравственој установи, што је нарочито важно за расправу о притвору и у поступку одлучивања о присуству окривљеног на главном претресу, док у поступку по подношењу предлога за изрицање мере безбедности, да се омогући окривљеном да пре саслушања о предлогу за одређивање притвора ангажује стручног саветника. Трајање привременог смештаја, с обзиром да је реч о посебном начину извршења мере притвора и да

се формално не ограничава трајање поступка за изрицање мере безбедности, захтева сходну примену правила о трајању и контроли притвора.

У поступку према малолетницима изражена је усмереност ка заштити малолетника и спречавању негативних ефеката поступка на његову личност, јачању и побољшању процесног положаја малолетника у нормативном и практичном смислу, предузимању позитивних мера државе да унапреди разумевање малолетника у погледу поступка и учешћа у поступку ради уравнотежења положаја малолетника према јавном тужиоцу, имајући у виду узраст малолетника, неопходностобезбеђења његовог делотворног учешћа у поступку и посебну сврху овог поступка. Потребно је достићи равнотежу између једноставности форме у поступку и процесне и практичне протективности према малолетнику. Нарочита пажња поклања се првом саслушању малолетника, праву на правну помоћ, првим поукама упућеним малолетнику (о праву на правну помоћ, праву на одбрану ћутањем), праву на контакт, слободну и поверљиву комуникацију малолетника са браниоцем, због значаја првог саслушања за даљи ток и резултат поступка, доказни значај признања, потенцијалне злоупотребе рањивог и осетљивог фактичког положаја малолетника, тешког отклањања штетних последица за одбрану малолетника на суђењу. Право на слободан избор браниоца кориговано је, у циљу процесне заштите малолетника, обавезном одбраном (у случају да не изабере браниоца малолетник или друго овлашћено лице у корист и интересу малолетника). Контролна улога суда у погледу реализовања функције одбране треба да обухвата надзор да ли се обавља пажљиво, марљиво, да ли штити малолетника од притисака и застрашивања. Оправдано и разумно је изричито прописивање обавезне одбране и у поступку по ванредним правним лековима.

Стицај процесних функција судије за малолетнике и председника већа за малолетнике има извесна оправдања у поступку према малолетницима (пре свега поверење малолетника у суд, заштита интереса малолетника, усаглашеност одлука током поступка, ефикасност поступања), али може да резултује оценомпристрасности суда збогобима радњи и мера, истражних овлашћења судије за малолетнике којима се прибављају инкриминишући докази, те одлука које доноси (притвор, привремени смештај, упућивање на суђење, оцена да је потребно да се изрекне васпитна мера ванзаводског карактера) на темељу којих долази до суђења, те сматрамо адекватним да се промени структура поступка према предлозима истакнутим у правној науци који онемогућавају да судија за малолетнике председава већем за малолетнике.

ЛИТЕРАТУРА

КЊИГЕ И ЧЛАНЦИ на српском језику и језику државанекадашњеСФРЈ

- Аврамовић С., „*Gnome dikaiotate* – право, правда и правичност у атинској судници“, *Право и правда 2013* (ур. Драган Митровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014
- АлексићЖ., Шкулић М., *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011
- Аристотел, *Никомахова етика* (превод дела: *ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΟΥΣ ΗΘΙΚΑ ΝΙΚΟΜΑΧΕΙΑ*, преводилац Радмила Шалабалић), Култура, Београд 1970
- Aristotel, *Retorika* (prevod sa starohelenskog, prevodilac Marko Višić), Filozofska biblioteka, Naprijed, Zagreb 1989
- BabićD., „Pravednost, pravičnost i pravo“, *Pravni vjesnik*, Vol . 3, br. 2, 1987
- Бајовић В., „Процесне гаранције осумњичених и окривљених у кривичним поступцима на нивоу Европске Уније“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, Прилози пројекту 2005* (ур. Јовица Тркуља), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006
- Бајовић В., „Право на одбрану ћутањем“, *Правни живот* 10/2008
- Бајовић В., *Споразум о признању кривице – упоредно – правни приказ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009
- Бајовић В., „Начело утврђивања материјалне истине“, *Правни живот* бр. 9/2010
- Бајовић В., „Американизација доказног поступка“, *Правни живот* 9/2012
- Бајовић В., „Објективни идентитет пресуде и оптужбе“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/13
- Бајовић В., „Чињенична прекорачења оптужбе“, *Правни живот* бр. 9/2014
- Бајовић В., *О чињеницама и истини у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015
- Бајовић В., „Суђење у одсуству и понављање поступка лицу осуђеном у одсуству“, *Правни живот* 9/2016
- БајовићВ., „Исказ саокривљеног као доказ у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/17
- Бајовић В., „Положај и одговорност јавног тужиоца у расправном процесном моделу“, *Правни живот* 9/19
- Бајовић В., „Начело непосредности као парадигма правичности и расправног процесног модела“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2020
- Bayer V., *Teorija krivičnog postupka FNRJ – Prva knjiga*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb 1950

- Bayer V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, Knjiga prva, Školska knjiga, Zagreb 1960
- Bayer V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, Knjiga druga, *Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Narodne novine, Zagreb 1989
- Beccaria C., *O zločinima i kaznama* (prevod dela: *Dei delitti e delle pene*, prevodilac Antun Cvitanić), Književni krug, Split 1990
- Burnsajd S., „Smernice o merama zaštite svedoka u međunarodnom pravu i zakonodavstvu Republike Srbije“, *Višekorisnički program Evropske unije 2015: „Saradnja u oblasti krivičnog pravosuđa: Jačanje zaštite svedoka u borbi protiv organizovanog kriminala, terorizma i korupcije (WINPRO III)“*, Београд 2018
- Бејатовић С., „Законска норма као претпоставка ефикасности поступања јавног тужиоца у кривичним стварима“, *Улога јавног тужиоца у правном систему, са посебним освртом на проблематику ефикасности кривичног поступка и малолетничку делинквенцију* (ур. Милан Шкулић, Ивана Стевановић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009
- Бејатовић С., „Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013
- Бејатовић С., Шкулић М., Ђурђић В., *Приручник за примену законика о кривичном поступку*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2013
- Бејатовић С., „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и реформа кривичног процесног законодавства Србије (норма и пракса)“, *НБП – Журнал за криминалистику и право*, 2015
- Бејатовић С., „Мере безбедности медицинског карактера као кривичноправни инструменти супротстављања криминалитету (превенција и репресија)“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект(регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2017
- Бејатовић С., *Кривично процесно право*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2019
- Бејатовић С., „Оштећено лице или жртва кривичног дела (међународно правни стандарди и Законик о кривичном поступку – оправданост питања или не?)“, *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународно правни стандарди, норма и пракса)*, LX Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу– Intermex, Златибор – Београд 2020
- Бељански С., „Право одбране у новом законик у кривичном поступку“, зборник *Примена новог Законика о кривичном поступку Србије: научни скуп Копаоник 2007*, Удружење за кривично право Србије, Београд 2007
- Бељански С., Илић Г. П., Мајић М., *Законик о кривичном поступку (предговор)*, Службени гласник, Београд 2011

- Беширевић Виолета *et al.*, *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017
- Бошковић А., „Осврт на тужилачки концепт истраге у компаративном кривичнопроцесном законодавству“, *Правни живот* 10/2008
- Бошковић А., КулићВ., „Италијански модел претходног кривичног поступка“, *Култура Полиса*, посебно издање 1, год. IX, Београд 2012
- Бошковић А., „Страначка истрага у српском и италијанском кривичном процесном законодавству и ефикасност истражног поступка“, *Правна држава и стручност процесних субјеката као инструмент супротстављања криминалитету* (ур. С. Бејатовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2015
- БркићС., „Поводом деценије постојања мандатног кривичног поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011
- Бркић С., *Кривично процесно право I*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2014
- Бркић С., „Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2014
- Бркић С., *Кривично процесно право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2016
- Бркић С., „Могућности и границе американизације главног претреса према ЗКП Србије из 2001. године, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), бр. 76, Правни факултет у Нишу, Ниш 2017
- Бркић С., Бугарски Т., *Кривично процесно право I*, Прво издање, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2020
- Бубаловић Т., „Једнакост оружја“ и његова афирмација у оквиру права на одбрану (регионални и компаративни осврт)“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012
- Bubalović T., *Pravni lijekovi u kaznenom postupku (teorija, legislativa, praksa)*, Zagreb 2018
- Бубић Г., „Једнакост оружја оптужбе и одбране у кривичном поступку“, *Зборник радова са округлог стола на тему Актуелна питања у примјени кривичног законодавства у Босни и Херцеговини* (ур. Милош Бабић), Правни факултет у Бања Луци – Удружење за кривично право и праксу Републике Српске, Бања Лука 2010
- Бугарски Т., „Испитивање сведока“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2013
- Бугарски Т., „Скраћени поступак“, *Реформа кривичног права*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Копаоник 2014
- Бугарски Д. Т., „Захтев за заштиту законитости“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2016
- Бугарски Т., „Претпоставка невиности (обим и дејство у кривичном поступку)“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2017

- Бугарски Т., Писарић М. М., „Уређење права на одбрану у праву Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017
- Важић Н., „Захтев за заштиту законитости према ЗКП Србије (основне карактеристике, могућност подношења, искуства у примени и мере унапређења)“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016
- Van Dijk P., Van Hoof G.J.H. u suradnji sa Heringa A.W. et al., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima* (prevod dela: *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, prevodilac Senada Kreso, Amira Sadiković, Ćuk Lalić Danica), Müller Sarajevo, Sarajevo 2001
- Васиљевић Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Научна књига, Београд 1964
- Васиљевић Т., Грубач М., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Савремена администрација, Београд 1990
- Васиљевић Т., Грубач М., *Коментар законика о кривичном поступку*, Дванаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник – Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2011
- Вујанић – Ђорђевић М., „Испитивање оптужнице – проблеми у пракси“, *Crimen (VI)* 2/15
- Вуковић Н., „Недопустиво процесно стање које су ЗКП и пракса обликовали у области доказне радње вештачења“, *Crimen* 1/2019
- Вуковић И., „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела – Европски оквир и српско законодавство“, *Crimen* 1/2016
- Голубовић К. et al., *Ограничење кретања и суђења за време ванредног стања*, Комитет правника за људска права – Юсум, Београд 2020
- Gorkič P., „Pritožba zoper prvostopenjsko sodbo po noveli ZKP-K“, *Odvetnik*, 57, 3/2012
- Gorkič P., „Iskanje resnice in razlaga ustavnih procesnih jamstev: vloga slovenskega ustavnega sodišča“, *Strukturne spremembe zakenskega postopka* (ur. Alenka Šelih, Primož Gorkič), Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2015
- Грубач М., „Анализа судске праксе Европског суда за људска права“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине - Часопис за правну теорију и праксу књига* 67, 11-12/2007
- Грубач М., *Кривично процесно право*, Пето издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду –ЈП „Службени гласник“, Београд 2008
- Грубач М., „Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи година ИИ* 2/2011
- Грубач М., Васиљевић Т., *Коментар Законика о кривичном поступку*, 13. издање – према Закону из 2011. године, ProJuris, Београд 2014
- Грубач М., „Отварање истраге према новом Законику о кривичном поступку“, *Правни записи*, год. V, 1 /2014
- Грубач М., „Вештачење у кривичним стварима према новом Законику о кривичном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, vol. 87, 2/15

- Грубиша М., *Чињенично стање у кривичном поступку*, Народне новине, Загреб 1963
- Давидовић М., „Вештак и стручни саветник у кривичном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине – часопис за правну теорију и праксу*, књига 74, 2/2014
- Дајовић Г., Спаић Б., „Доктрина „четврте инстанце“ и право на образложену пресуду у пракси Европског суда за људска права“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/19
- Дамашка М., *Dokaznopravoukaznenompostupku: orisnovihtendencija: predavanjanaposlijediplomskom studiju iz kaznenopravnih znanosti na Pravnom fakultetu u Zagrebu 5., 6. i 7. lipnja 2001. : (prijepis tonskog zapisa)*, Pravnofakultetu Zagrebu, Zagreb 2001
- Дамашка М., „Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 13, 1/2006
- Дамашка М., „О неким уџинцима странаџки обликованог припремног казненог поступка“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14, 1/2007
- Делибашић В., „Унакрсно испитивање – правила и изазови“, *Журнал за криминалистику и право* 1/14
- Делибашић В., „Унакрсно испитивање у кривичном процесном праву Србије“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2015
- Делибашић В., „Сведочење у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/2017
- Делибашић В., „Припремно рочиште и уводно излагање“, *Бранич* 1–2/2019
- Делић Н., „Кривична дела против правосуђа у светлу измена и допуна из 2009. године“, *Годишњаџак Правног факултета у Источном Сарајеву*, година I, 1/2010
- Димитријевић Д., *Кривично процесно право*, Савремена администраџија, Београд 1963
- Додик Б., „Тужитељска истрага – искуства Босне и Херцеговине“, *Савремене тенденџије кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012
- Драшковић Д., „Pravo na pravično suđenje“, *Matica*, br. 71, 2017
- Dovydas V., Grigoriy D., *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strazbur 2012
- Ђурђевић З., „Procesnajamstvaobranepremasuokrivljenikukaosvjedokuoptužbe“, *Hrvatskiljetopiszakaznenopravoipraksu*, vol. 16, 2/2009
- Ђурђевић З., „Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspect“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 17, 1/2010
- Ђурђевић З., „Odluka Ustavnog suda RH o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 19, 2/2012
- Ђурђевић З., „Rekonstrukcija, judicijalizacija, konstitucionalizacija, europeizacija hrvatskog kaznenog postupka“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 20, 2/13

- Ђурђић В., „Приговор против оптужнице“, *Зборник Правног факултета у Нишу* (ур. Славољуб Поповић, Момчило Димитријевић), број 16, Ниш 1976
- Ђурђић В., „Начела кривичног процесног права и Устав Републике Србије“, *Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, XLIV редовно годишње саветовање, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, Београд 2007
- Ђурђић В., „Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом Законику о кривичном поступку“, *Примена новог Законика о кривичном поступку Србије* (ур. Ђ. Лазин), *научни скуп Копаник 2007*, Удружење за кривично право Србије, Београд 2007
- Ђурђић В., Суботић Д., *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног поступка* (део који је написао Д. Суботић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2010
- Ђурђић В., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011
- Ђурђић В., „Систем контроле оптужбе у реформисаном кривичном поступку Србије“, *Правни живот* 9/12, Том I
- Ђурђић В., „Нормативне претпоставке права на правично суђење у кривичним стварима“, *Правни живот* 9/2013
- Ђурђић В., „Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013
- Ђурђић В., *Кривично процесно право – Општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2014
- Ђурђић В., „Законске гаранције права на правично суђење у кривичном поступку Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. И. Пејић), број 70, Правни факултет у Нишу, Ниш 2015
- Ђурђић В., „Перспектива новог модела кривичног поступка Србије“, *НБП –Журнал за криминалистику и право*, 2015
- Ђуричић С., *Однос пресуде и оптужбе у кривичном поступку*, „Графампромет“, Београд 2008
- Живановић Т., *Бранилачка права за време припремног поступка*, Посебни отисак из Споменице конгреса правника, Београд 1935
- Живановић Т., *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка) – II одељак*, *Српска краљевска академија*, Посебна издања, Друштвени и историски списи, Књига 55, издање Задужбине Драгослава Гођевића, Београд 1941
- Илић П. Г., *Границе испитивања првостепене пресуде у кривичном поступку*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2002
- Илић П. Г., „Маргиналије уз дилему: тужилачка versus судска истрага,“ *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања II део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008

- Илић П. Г., „Оштећени и стандарди људских права у кривичном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012
- Илић П. Г., „О захтеву за заштиту законитости“, *Казнена реакција у Србији – II део – Тематска монографија* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012
- Илић П. Г. *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Десето измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018
- Илић Г., „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева за заштиту законитости – да или не“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016
- Илић И., „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2015
- Ivičević Karas E., „Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni elemenat prava na pravični kazneni postupak iz člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (ur. M. Petrak), Vol. 57, 4-5/07
- Ivičević Karas E., „Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspect načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku (u povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Kovač protiv Hrvatske)“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 14/2007
- Ivičević Karas E., Kos D., „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 18, 2/2011
- Ивичевић Карас Е., „Нека питања уређења расправе у хрватском казненом поступку – нормативни оквир и пракса“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2015
- Ivičević Karas E., Burić Z., Vonačić M., „Unapređenje procesnih prava osumnjičenika i okrivljenika u kaznenom postupku, pogled kroz prizmu europskih pravnih standarda“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 23, 1/2016
- Ивичевић – Карас Е., „Суоставправнихлијекова и реформахрватскогказненогпоступка (основнезначајке и искуства у примјени)“, *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016
- Ivičević Karas E., „Prilog raspravi o problemu miješanja procesnih uloga u kaznenom postupku“, *Kazneno pravo: sinergija teorije i prakse* (ur. Ksenija Turković, Maja Munivrana Vajda, Marta Dragičević Prtenjača), Zbornik radova u čast profesora Petra Novoselca, Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2019,
- Јакшић А., *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006. године
- Јекић З., Данић Р., *Кривично процесно право*, Десето издање, „Димитрије Давидовић“ а.д. Смедерево, Београд 2005

- Јоцић Д., Јанковић Д., „Стручни саветник као субјект психијатријског вештачења: процесни положај допринос вештачењу“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2017
- Калајџијев Г., Лажетић – Бужаровска Г., „Убрзање поступка као један од циљева реформе кривичног поступка у Републици Македонији“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2013
- Калаџијев Г. *et al.*, *Коментар на законот за кривичната постапка*, ОБСЕ, Скопје 2018
- Кауриновић Д., „Потврђивање оптужнице и изјашњење о кривици као облици поједностављеног кривичног поступка у Босни и Херцеговини“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2013
- Кнежевић М., *О правди и правичности*, Дом културе “Студентски град“, Београд 1995
- Кнежевић С., *Окривљени и заштита људских права у кривичном поступку*, магистарска теза, одбрањена на Правном факултету у Нишу, Ниш 1994
- Кнежевић С., „Начело расправности у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXII, Тематски број: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (ур. Предраг Димитријевић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2012
- Кнежевић С., „Суђење у одсуству окривљеног“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 66, Правни факултет у Нишу, Ниш 2014
- Кнежевић С., *Кривично процесно право – Општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2015
- Крстајић В., „Активности кривичног одељења Врховног касационог суда на уједначавању судске праксе“, *Билтен Врховног касационог суда 2/18*, Intermex, Београд
- Крстић И., Маринковић Т., *Европско право људских права*, Савет Европе, Београд 2016
- Лажетић – Бужаровска Г., Мисоски Б., „Поступак споразумевања према ЗКП Македоније“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2013
- Лажетић – Бужаровска Г., „Оптужење у кривичном поступку (законска решења и практична искуства у њиховој примени у ЗКП Македоније)“, *Ревизија за криминологију и кривично право 3/2014*
- Лажетић – Бужаровска Г., Калаџијев Г., „Главна расправа према ЗКП Македоније (теорија и пракса)“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2015
- Лазин Ђ., „*In dubio pro reo*“ у кривичном поступку, Београд 1983

- Лазин Ђ., „Право окривљеног на унакрсно испитивање сведока“, *Усаглашавање кривичног законодавства са Уставом Србије* (ур. Ђ. Лазин), научни скуп Копаоник 2008, Удружење за кривично право Србије, Београд 2008
- Лукић Т., „Прикривени иследник“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине – часопис за правну теорију и праксу* 10/2005
- Лукић Т., „Утицај међународних правних стандарда на обликовање припремног стадијума кривичног поступка“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/11
- Лукић Т., „Откривање и доказивање трговине људима и међународна сарадња у борби против трговине људима“, *Трговина људима – правно – безбедносни аспекти* (ур. Љубомир Стајић, Татјана Лукић), Правни факултет у Новом Саду, Правна клиника за борбу против трговине људима, Нови Сад 2012
- Лукић Т., Самарџић С., „Малолетници у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1//2012
- Мајић М., „Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда бр. 2/11, Intermex*, Београд
- Мајић М., „Напуштање инквизиторског модела кривичног поступка као нужан корак у стварању непристрасног кривичног суда у Србији“, *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (нормативни и практични аспекти)* (ур. Ана Петровић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2012
- Марковић Б., *О доказима у кривичном поступку*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1908
- Марковић Б., *Уџбеник српског кривичног поступка*, Штампарија „Уједињење“, Београд 1926
- Марковић Р., *Уставно право и политичке институције*, Девето поправљено и осавремењено издање, ИП Јустинијан, Београд 2004
- Мартиновић А., „Контрола оптужнице као посебна фаза кривичног поступка – упоредна пракса“, *Зборник радова са округлог стола на тему Актуелна питања у примјени кривичног законодавства у Босни и Херцеговини* (ур. Милош Бабић), Правни факултет у Бања Луци – Удружење за кривично право и праксу Републике Српске, Бања Лука 2010
- Матовски Н., „Принцип правичног поступка у кодификацијама европских држава“, *Ревивија за криминологију и кривично право* 1/2011
- Матовски Н., Лажетић– Бужаровска Г., Калацијев Г., *Казнено процесно право*, второ изменето и дополнето издание, Скопје 2011
- Матовски Н., „Концептистраге и македонски кривични поступак“, *Ревивија за криминологију и кривично право* 1/2014
- Мекбрајд Џ., *Пракса Европског суда за људска права* (превод дела: Human rights and criminal procedure – The case law of European Court of Human Rights, превод Alpha Team One), Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2009
- Милојевић Д., „Право окривљеног на правично суђење“, *Усаглашавање кривичног законодавства са Уставом Србије: научни скуп, Копаоник 2008* (ур. Ђ. Лазин), Удружење за кривично право Србије, Београд 2008

- Милојковић А. Борислав, *Законик о поступку судском у кривичним делима (са објашњењем и коментаром) са Полицијском уредбом и законом о пороти*, Нови Сад, Супек – Јовановић и Богданов 1920
- Милошевић М., „Стручни саветник у кривичном поступку“, *Избор судске праксе* 2/15
- Миљковић С., „Улога припремног рочишта“, *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012
- Миљуш И., Станковић Б., „Притвор – примена у судској пракси“, *Годишњак факултета безбедности* (ур. Божидар Бановић), Универзитет у Београду – Факултет безбедности, Београд 2015
- Миљуш И., „Однос између судске полиције и тужилаштва у Италији и Шпанији – Потреба реформе законодавства“, *Страни правни живот* 2/16
- Миљуш И., Станковић Б., „Контрола оптужнице“, *Европске интеграције и казнено законодавство* (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, Златибор – Београд 2016
- Миљуш И., Станковић Б., „Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд, 2017
- Миљуш И., „Трагање за истином у кривичном поступку“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2017 – колективна монографија* (ур. Радмила Васић, Бојана Чучковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018
- Миљуш И., „Изазови и ризици увођења видео линка у кривични поступак“, *Зборник радова: Унификација права и правна сигурност*, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Том II, Београд 2020
- Mrčela M., Bilušić I., „Konfrontacijskamjerila“, *Hrvatskiljetopiszakazneneznanostiipraksu* (Zagreb), vol. 23, 2/2016
- Мршевић З., *Главни претрес у југословенском кривичном поступку*, магистарски рад, одбрањен на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 1982
- Мршевић З., *Обавезна одбрана у кривичном поступку*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 1986
- Мол Н., Харби К., *Право на правично суђење – Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима, Приручник о људским правима, бр. 6* (превод дела: *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of European Convention on Human Rights, Human rights handbooks*, по. 6, преводилац Alpha Team One), Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2007
- Мојса М., Polona T., Urban V., „The Slovenian Judiciary – A Guide through the Slovenian Courts“, *Slovenian Law Review*, Vol. 3, 2006
- Ненадић Б., Мајић М., Илић Г., *Анализа уставног положаја јавног тужилаштва у Републици Србији са препорукама за његово унапређење*, Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2016

- Ненадић С., *Претпоставка невиности као људско право са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2020
- Ножица С., “Једнакост страна у поступку и позиција одбране у кривичном поступку БиХ (практично искуство)“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012
- Омејес Ј., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: strasbourski acquis*, Novi informator, Zagreb 2013
- Равловић Ш., *Zakon o kaznenom postupku*, 2. izdanje, Libertin naklada Biblioteka pravo i zakoni, Rijeka 2014
- Пауновић М., Царић С., *Европски суд за људска права – Надлежност и поступак*, Друго измењено и допуњено издање, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2007
- Плесничар М. Мојца, „Iz sodnikovih v tožilčeve roke? Vpliv pogajanj o sankcijah na kaznovanje“, *Zbornik znanstvenih razprav – Letnik*, Vol. 73, 2013, Pravna fakulteta Univerza v Ljubljani, Ljubljana
- Поповић Д., *Постанак европског права људских права: есеј о судској креативности*, Службени гласник, Београд 2013
- Поповић Д., *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд 2016
- Поповић Д., *Европски суд за људска права*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2017
- Пүрнер С., “Predgovor”, *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*, (prevod dela: Strafprozessordnung – StPO, prevodilac Emina Avdić), Sarajevo, 2011
- Пирнер Ш. (Pürner S.), “Заштита окривљених и оптужених у кривичном поступку у светлу специфичних услова праве трансформације“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 70, Правни факултет у Нишу, Ниш 2015
- Радовић Т., Ненић Г., „Приватна тужба (криминално – политичка оправданост – норма и пракса)“, *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународно правни стандарди, норма и пракса)*, LX Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, Златибор – Београд 2020
- Радуловић Д., „Поједностављене форме поступања у новом кривичнопроцесном законодавству Црне Горе“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013
- Radulović D., *Krivičnoprocesnopravo*, Trećeizmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica 2015
- Радуловић Д., „Законик о кривичном поступку Црне Горе и главни претрес (основна обилежја и спорна питања – теорија и пракса), *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2015

- Радуловић Д., „Поглед на нови Закон о измјенама и допунама Законика о кривичном поступку Црне Горе“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 2–3/16; *Crimen* 3/16
- Ристивојевић Б., „Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, LV редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Intermex, Златибор – Београд
- Сијерчић – Чолић Х., „Главни претрес према законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини – неки теоријски и практични аспекти“, *Главни претрес и суђење у разумном року регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2015
- Сијерчић – Чолић Н., *Krivično procesno pravo – Knjiga I – Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*, Четврто измијенјено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2017
- Сијерчић – Чолић Н. *et al.*, *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Vijeće Evrope/Evropska komisija, Сарајево 2005
- Симовић Н. М., „Основне карактеристике система кривичне истраге у законодавству Босне и Херцеговине и њен утицај на поједностављење кривичног поступка“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2013
- Симовић М., Симовић М., „Право на одбрану (Конвенцијски оквир, уставносудска пракса у Босни и Херцеговини и пракса Врховног суда САД)“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2016
- Синановић Б., „Нове могућности доказивања коруптивних кривичних дела“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/18, Intermex, Београд
- Сладојевић М., *Србија и Европски суд за људска права*, Службени гласник, Београд 2017
- Слијепчевић Љ., „Процесна равноправност, јавност суђења и контрадикторно суђење“, *Правни информатор* 4/14
- Спаић Б., *Хрестоматија: Право и правда*, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2014
- Спарић Р., „Спорна правна питања у примени Законика о кривичном поступку: Право окривљеног (одбране) да испитује сведоке у кривичном поступку – судска пракса и међународни стандарди“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2018, Intermex, Београд
- Спарић Р., „Границе испитивања првостепене кривичне пресуде у жалбеном поступку – спорна питања и судска пракса“, *Билтен Врховног касационог суда* бр. 2/2019, Intermex, Београд
- Станковић М., „Слабости положаја судске власти у Уставу Републике Србије од 2006. године и у Радном тексту Амандмана од 2018. године“, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, Друштво судија Србије, Београд 2018

- Станковић Б., „Узнемирење јавности као услов за одређивање мера за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, *Идентитетски преображај Србије (прилози пројекту 2018 – колективна монографија)* (ур. И. Крстић, М. Лукић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019
- Степановић А., „Улога суда и стандарди доказивања у поступку потврђивања оптужнице и припремног рочишта“, *Билтен Вишег суда у Београду*, бр.84, Intermex, Београд 2014
- Стефановић – Златић М., *Повластице окривљеног у југословенском кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1982
- Стојановић З., „Мере безбедности психијатријског лечења – Принудно психијатријско лечење као кривична санкција“, *Crimen* 2/14
- Стојановић З., Шкулић М., Делибашић В., *Основи кривичног права, Књига II, Кривично процесно право – Кривични поступак кроз практичну примену*, Службени гласник, Београд 2018
- Стојановић З., *Коментар кривичног законика: према стању Кривичног законика од 1. децембра 2019. године и према стању законодавства од 24. децембра 2019. године*, Десето допуњено издање, Службени гласник, Београд 2020
- Стојановић З., *Кривично право – општи део*, Двадесет седмо допуњено и измењено издање, Универзитет у Београду – Правни факултет 2020
- Тодић Д., „Доказни поступак на главном претресу и ефикасност главног претреса“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, LV редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Intermex, Златибор – Београд
- Тинтор Ј., „Бранилац као субјект правног лека“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016
- Тинтор Ј., *Пројекат Репорте Реформе кривичног законодавства коначан извештај, септембар 2016. године*, Адвокатска комора Србије, Београд 2016
- Тинтор Ј., „Бранилац окривљеног као субјект поступка одлучивања о мерама безбедности медицинског карактера“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2017
- Тинтор Ј., „О потреби измена Законика о кривичном поступку“, *Бранич – Часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије* 1-4/2016, 2018
- Томић И., „Aristotelova sveobuhvatna teorija pravde, pravednosti i pravičnosti i njene implikacije u socijalnom i političkom životu atinskog polisa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu* (ур. Владимир Џоловић), II izdanje, Univerzitet u Istočnom Sarajevu Pravni fakultet, Sarajevo 2006
- Узелац А., „Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6 st. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ур. Ivana Radačić), Centar za mirovne studije, Zagreb 2011

- Фејеш И., „Модели испитивања окривљеног и сведока у савременом кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Драгиша Дакић), број 1, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2011
- Фејеш И., „Constitutio Criminalis Theresiana – Corpus Delicti, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Слободан Орловић), Правни факултет у Новом Саду, број 2, 2013
- Фејеш И., „Положај окривљеног у истрази у неким историјским моделима кривичног поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Слободан Орловић), Правни факултет у Новом Саду, број 4, 2014
- Фејеш И.И., „Положај осумњиченог у истрази по одредбама о отварању истраге и прикупљању доказа у корист одбране Законика о кривичном поступку из 2011. године“, Тематски зборник: *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (ур. Ранко Кеча), Књига III, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015
- Фишер З., „Тужилачка искуства у спровођењу истраге у Словенији“, *Савремене тенденције кривичнопроцесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (нормативни и практични аспекти) (ур. А. Петровић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2012
- Фишер З., „Државни тужилац као субјект скраћених и поједностављених кривичних поступака у Словенији“, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Мисија ОЕБС - а у Србији, Београд 2013
- Хасанбеговић Ј., „Право, правда и правичност у Аристотеловој “Реторици““, *Правни живот* 12/1996
- Хациомеровић О., „Границе испитивања ожалбене пресуде у кривичном поступку у Србији“, *Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016
- Herrmann J., "Policijsko ispitivanje okrivljenika – igra moći Njemačka – Sjedinjene Američke države – Hrvatska“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, 1/2004
- Цветковић М., „Оптужница у Новом Законнику о кривичном поступку“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/2013, Intermex, Београд
- Чејовић Б., *Претпоставка невиности окривљеног*, Београд 2009
- Чубински П. М., *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку*, Издавачка књижевница Геце Кона, Београд 1933
- Šarčević E., *Ustav Savezne Republike Nemačke*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2019
- Шкулић М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2007
- Шкулић М., Бајовић В., *Новине и измене Законика о кривичном поступку из 2006. године у поређењу са Закоником о кривичном поступку из 2001. године*, Београд 2007
- Škulić M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Misija OSCE u Crnoj Gori, Podgorica 2009
- Шкулић М., *Међународни кривични суд Надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009

- Шкулић М., „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/10
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Друго измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио, Београд 2010
- Шкулић М., „Концепција истраге у кривичном поступку“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 1/10
- Шкулић М., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2011
- Škulić M., *Krivično procesno право*, CID Podgorica, Podgorica 2012
- Шкулић М., Илић Г., *Реформа у стилу “Један корак напред – два корака назад”*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу–Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012
- Шкулић М., „Противуставни карактер новог Законика о кривичном поступку“, *Правни живот* 9/12, 2012
- Шкулић М., „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen (IV)* 2/2013
- Шкулић М., „Основни облици кршења права на правично суђење у новом Законнику о кривичном поступку Србије“, *Правни живот* 9/2013
- Шкулић М., „Истрага – Законско решење, спорна питања и дилеме“, *Унапређење Законика о кривичном поступку de lege ferenda предлози 2015* (ур. М. Шкулић, Г. Илић, Марина Матић Бошковић), Мисија ОЕБС–а у Србији, Београд 2015
- Шкулић М., Бугарски Т., *Кривично процесно право*, Универзитет у Новом Саду - Правни факултет, Нови Сад 2015
- Шкулић М., „Жалба као редован правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, *Правни лекови у кривичном поступку регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (ур. Станко Бејатовић, Иван Јовановић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2016
- Шкулић М., „Положај жртве кривичног дела/оштећеног у кривичноправном систему Србије уопште и у односу на Директиву ЕУ 2012 – 29“, *Казнена реакција у Србији VI део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2016
- Шкулић М., „Степен (не)усклађености кривичног поступка Србије са европским стандардима“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2016
- Шкулић М., „Захтев за заштиту законитости – законско решење и неки практични проблеми“, *Тужилачка реч - гласило Удружења тужилаца Србије*, број 30, 2016
- Шкулић М., „Кривичнопроцесно законодавство Републике Србије – нормативни аспект адекватности или неадекватности државе реакције на криминалитет“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције*

на криминалитет, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LV редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2016

Шкулић М., „Мере безбедности и начело кривице у кривичном законодавству Србије“, *Мере безбедности медицинског карактера – правни и медицински аспект (регионална законодавства, искуства у примени и мере унапређења)* (ур. С. Бејатовић, И. Јовановић), Мисија ОЕБС –а у Србији, Београд 2017

Шкулић М., „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално – европског кривичнопроцесног модела“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 1, број 1, Београд 2017

Шкулић М., „Терет доказивања у кривичном поступку“, *Правни живот* бр. 9/2018

Шкулић М., *Организовани криминалитет – Појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018

Шкулић М., „Основне контроверзе система страначког доказивања на главном претресу према правилима Законика о кривичном поступку Србије“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019

Шкулић М., *Кривична дела против полне слободе*, Службени гласник, Београд 2019

Шкулић М., „Притвор као мера обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку (кривичнопроцесно законодавство Србије – норма и пракса)“, *Притвор и друге мере обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку (међународни правни стандарди, регионална законодавства и примена)* (ур. С. Бејатовић), Мисија ОЕБС – а у Србији, Београд 2019

Шкулић М., *Кривично процесно право*, Дванаесто измењено и допуњено издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020

Шкулић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020

Шкулић М., *Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Службени гласник 2020

Шкулић М., *Основи кривичног права Сједињених Америчких држава*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021

ШугманСтуббс К., „Словеначко кривичнопроцеснозаконодавство и концепт истраге“, *Ревивија за криминологију и кривично право* 1/2014

Šugman Stubbs K., „Slovenija: Razvoj slovenskega kezenskega postopka od osamosvojitve do danes“, *Strukturne spremembe zakenskega postopka* (ur. Alenka Šelih, Primož Gorkič), Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2015

Weigend T., „Модели за један модеран кривични поступак: Немачка или САД?“, *Континентално право – Часопис за одржив и складан развој права – КоПра*, година 3, број 3, Београд 2019

КЊИГЕ И ЧЛАНЦИ на страном језику

- Alkon C., "Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems", *Transnational Law & Contemporary problems – A Journal of The University of Iowa College of Law*, Vol. 19, 2010
- Alschuler A., „The Prosecutor 's Role in the Plea Bargaining“, *University of Chicago Law Review*, Vol. 36, 1968
- Amatrudo A., Blake L. W., *Human Rights and the Criminal Justice Sistem*, Abingdon, Oxon – New York 2015
- Arangüena Fanego C., „Initial Approach to the Right to a Fair Trial and to the Demands of Article 6.1 ECHR, in particular, the Right of Access to a Court (Art. 6 ECHR)“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012
- Arangüena Fanego C., „Requirements in Relation to the Right to a Defence: The Right to Defend Oneself, to Legal Assistance and Legal Aid (Art. 6.3.c ECHR)“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012
- Arangüena Fanego Coral, „Requirements in Relation to Witness Examination under Article 6.3 d) ECHR“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012
- Ashworth A., *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London 2002
- Ashworth A., *The Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford 2005
- Ashworth A., „Four threats to the presumption of innocence“, *The International Journal of Evidence and Proof*, Vol. 10, No. 4, 2006
- Ashworth A., „Four threats to the presumption of innocence“, *The South African Law Journal*, Vol. 123, No.1, 2006
- Aston W. D., „Problems of Roman Criminal Law“, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 13, No. 2, 1913, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law
- Auld R., „Investigation and Surveillance“, *The Human Rights Act and the Criminal Justice and Regulatory Process* (ed. Jack Beatson), Hart Publishing, Oxford 1999
- Babcock Allen Barbara, „Fair Play: Evidence Favorable to an Accused and Effective Assistance of Counsel“, *Stanford Law Review*, vol. 34, 6/1982
- Bachmaier Winter L., „The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment“, *Human Rights in European Criminal Law – New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty* (ed. Stefano Ruggeri), Springer, Cham 2015
- Barkhuysen T.*et al.*, „Right to a Fair Trial“, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (eds. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Ajren van Rijn, Leo Zwaak), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland 2018

- Berkman R. W., „Grand Jury Indictment Based on Incompetent Evidence“, *California Law Review*, vol. 43, 5/1955
- Bertel C., Venier A., *Einführung in die neue Strafprozessordnung*, 2., überarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Wien 2006
- Beverluis J., *Cross - Examining Socrates: A Defense of the Interlocutors in Plato's Early Dialogues*, Cambridge University Press 2000
- Bjorge E., *Domestic Application of the ECHR – Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, Oxford 2015
- Bohlander M., *Principles of German Criminal Procedure*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2012
- Brems E., Lavrysen L., „Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights“, *Human Rights Quarterly*, Vol. 35, 1/2013
- Brennan Jr. J. W., „The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth? A Progress Report“, *Washington University Law Quarterly*, vol. 68, No. 1, 1990
- Bridges L., „The Right to representation and Legal Aid“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002
- Burch D. R., „Criminal Law: Powers of Federal Grand Juries“, *California Law Review*, vol. 39, 4/1951
- Carmona Cuenca E., „The Right to an Effective Remedy Before a National Authority: Problems of Interpretation (Art. 13 ECHR)“, *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012
- Caillois R., *Man, Play, Games*, (превод дела: *Les jeux et les hommes*, Paris, 1958., преводилац Meyer Barash), University of Illinois Press, Urbana – Chicago 2001
- Cape E., Namoradze Z., *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*, Soros Foundation, Moldova 2012
- Cerchia R., „The Liability of the Expert Witness: A Deep Discrepancy between Law in Books and Law in Action in the Italian Legal System“, *European Review of Private Law* 4/2013
- Clements L.J., Mole N., Simmons A., *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, Sweet & Maxwell, London 1999
- Corbett P.E., „The Legislation of Hadrian“, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 74, No. 8, 1926
- Coster van Voorhout J., *Ineffective Legal Assistance: Redress for the Accused in Dutch Criminal Procedure and Compliance with ECHR Case Law*, Brill | Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2016
- Couperus-Telegen Olga, *Short History of Roman Law*, Routledge, London – New York 1993
- Cras S., Erbežnik E., „The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial, Genesis and Description of the New EU-Measure“, *eucri – The European Criminal Law Associations' Forum* 1/16

- Damaška M., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven – London 1986
- Damaška R. M., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven – London 1997
- Dervieux V., „The French system“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002
- Dripps A. D., *About guilt and Innocence, The Origins, Development, and Future of the Constitutional Criminal Procedure*, Westport, Connecticut, London 2003
- Elliott M., „Proportionality and Deference: the Importance of Structured Approach“, *Cambridge Legal Studies Research Paper Series Paper*, 32/2013
- Findlay M., „Internationalised Criminal Trial and Access to Justice“, *International Criminal Law Review* 2/2002
- Føllesdal Andreas, Peters Birgit, Ulfstein Geir, *Constituting Europe – The European Court of Human Rights in a National European and Global Context*, Cambridge University Press, New York 2013
- Frank G. M., Svetieva E., „The role of nonverbal communication in detecting and telling lies“, *Nonverbal Communication – Handbooks of communication science* (eds. Judith A. Hall, Mark L. Knapp), De Gruyter, Berlin 2013
- Frankel E. M., „The Search for Truth: An Umpireal View“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, No. 5, 1975
- Grande E., „Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth“, *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (eds. John Jackson, Máximo Langer, Peter Tillers), Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2008
- Gross R. S., „Expert evidence“, *Wisconsin Law Review* 1991
- Goss R., *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, London 2014
- Gray A., „The Right to Confrontation in Common Law Systems: A Critical Comparison“, *New Criminal Review*, Vol. 18, No. 1, 2015
- Greer S., *The margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2000
- Griswold N. E., „The Due Process Revolution and Confrontation“, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 119, 5/1971
- Hamer D., „The presumption of innocence and reverse burdens: A balancing act“, *The Cambridge Law Journal*, 66 (1), 2007
- Harris D. et al., Harris, O' Boyle & Warbrick: *Law of The European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, Oxford 2009
- Hegmanns M., *Strafverfahren – Strafrecht für alle Semester – Grund – and Examenswissen kritisch vertieft*, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg 2014
- Hellmann U., *Strafprozeßrecht*, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg 1998

- Herrmann R. F., Speer M. B., „Facing the Accuser: Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, 1994
- Hoc Lai H., *A Philosophy of Evidence Law – Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, New York 2008
- Igorevna Fedorova M., *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Cambridge, 2012
- Illuminati G., “The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian criminal procedure code of 1988),” *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4., 3/2005
- Jackson J., „The adversary trial and trial by judge alone“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002
- Jackson J., “Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries“, *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (eds. John Jackson, Máximo Langer, Peter Tillers), Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2008
- Jansen G., *Zeuge und Aussagepsychologie*, 2. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2012
- Jescheck Hans – Heinrich, „Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law“, *Virginia Law Review*, Vol. 56, No. 2/1970
- Jeffrey D. Jackson, „Two Methods of Proof in Criminal Procedure“, *The Modern Law Review*, Vol. 51, No. 5, 1988
- Jescheck Hans-Heinrich, „Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law“, *Virginia Law Review*, Vol. 56, No. 2/1970
- Johnson A. H., Wolfe N. T., Jones M., *History of Criminal Justice*, Fourth Edition, Anderson Publishing, Cincinnati, Ohio 2008
- Jung H., „Nothing But the Truth? Some Facts, Impressions and Confessions about Truth in Criminal Procedure“, *The Trial on Trial – Volume 1– Truth and Due Process* (eds. Antony Duff et al.), Hart Publishing, Oxford 2004
- Juy – Birman R., „The German system“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002
- Kalajdziev G. et al., *Effective defence in criminal proceedings in the Republic of Macedonia* (eds. D. Danilovska – Bajdevska, N. Naumovska), Foundation open society – Macedonia, Skopje 2014
- Kamisar Yale, LaFave R. Wayne, Israel H. Jerold, *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions (American Casebook Series)*, Sixth Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1986
- Kerr S. O., “How to Read a Legal Opinion – A Guide for a New Law Students“, *The Green Bag – An Entertaining Journal of Law*, Vol. 11, No. 1, 2007
- Kühne Hans – Heiner, *Criminal procedure systems in the European Community* (ed. Christine Van den Wyngaert), Butterworths, London – Brussels – Dublin – Edinburgh 1993
- LaFave R. Wayne, Israel H. Jerold, King J. Nancy, *Criminal Procedure*, Third Edition, West Group, St. Paul, Minn, 2000

- Langford I., „Fair Trial: The History of an Idea“, *Journal of Human Rights*, 8:1, 2009
- Lanni Adriaan, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge University Press, Cambridge 2006
- Laudan L., *Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge 2006
- Lazetic – Buzarovska G., Kalajdziev G., “Reform of the Criminal Procedure in the Republic of Macedonia”, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 1, 1/2010
- Lemmens P., „The right to a fair trial and its multiple manifestations Article 6 (1) ECHR“, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (eds. Eva Brems, Janneke Gerards), Cambridge University Press, New York 2014
- Leng R., „The exchange of information and disclosure“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002
- Ligeti K., *Toward a prosecutor for the European Union Vol.1 – A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford 2013
- Lind E. A., Tyler R. T., *The Social Psychology of Procedural Justice*, Springer Science+Business Media, LLC, New York 1988
- Lippke L. R., *Taming the Presumption of Innocence*, Oxford University Press, New York 2016
- Lochary R., *Trial Advocacy in Criminal Proceedings – Manual for Attorneys*, American Bar Association Rule of Law Initiative, Partners for Democratic Change Serbia, Belgrade 2013
- Louisell W. D., „Criminal Discovery: Dilemma Real or Apparent?“, *California Law Review*, vol. 49, 1/1961
- López Ortega J. J., „Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos“, *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 1/1993
- Lucas R. J., *On Justice*, Clarendon Press, Oxford 1980
- Maffei S., *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*, Europa Law Publishing, Groningen 2006
- Mangiaracina A., „Report on Italy“, *Personal Participation in Criminal Proceedings – A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe* (eds. Serena Quattrocolo, Stefano Ruggeri), Springer, Cham 2019
- Marcus P., "The Confrontation Clause and Co–Defendant Confessions: The Drift from Bruton to Parker v. Randolph", *Law Forum*, No 3, 1979
- Mauet A. T., McCrimmon A. L., *Fundamentals of Trial Technique*, Third Australian Edition, Thomson Reuters, Rozelle – Pyrmont 2011
- Mayers A. J., „Coy v. Iowa: A Constitutional Right of Intimidation“, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, 3/1989

- Mcewan J., "Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial", *The Trial on Trial—Volume 1—Truth and Due Process* (eds. Antony Duff et al.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2004
- Mosteller P. R., „Discovery against the defence: Tilting the Adversarial Balance”, *California Law Review*, Vol. 74, 5/1986
- Ovey C., White R., *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2006
- Otton Sir P., „Pre – trial“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002
- Paker H., *The Limits of the Criminal Sanction*, First edition, Stanford University Press, Stanford 1968
- Panayotis V., „The Right to Legal Assistance Free of Charge in the Case – Law of the European Court of Human Rights“, *Cyprus Human Rights Law Review* (ed. Leto Cariolou), European Human Rights Law Institute, Vol.1, 1/2012
- Pattenden R., „Criminal Appeals“, *The Handbook of the Criminal Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, New York 2002
- Perry S., „Two Models of Legal Principles“, *Iowa Law Rev* 82/1997
- Pradel J., „France“, *Criminal procedure systems in the European Community* (ed. Christine Van den Wyngaert), Butterworths, London – Brussels – Dublin – Edinburgh 1993
- Quattrococo S., „The Right to Information in EU Legislation“, *Human Rights in European Criminal Law – New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty* (ed. Stefano Ruggeri), Springer, Cham 2015
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Revised edition, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts 1999
- Reed Amar Akhil, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, Yale University Press, New Haven – London 1997
- Robertson D., *A Dictionary of Human Rights*, Second Edition, Europa Publications, London – New York 2004
- Roberts P., „On method: The Anscent of Comparative Criminal Justice“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, 3/ 2002
- Roberts P., „Science, experts, and Criminal Justice“, *The Handbook of the Criminal Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), *Oxford University Press*, New York, 2002
- Roberts P., Zuckerman A., *Criminal evidence*, Second edition, Oxford University press, Oxford 2010
- Roxin C., Schünemann B., *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München 2009
- Schabas W., *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015

- Scheffer T., Hannken-Illjes K., Kozin A., *Criminal Defence and Procedure – Comparative Ethnographies in the United Kingdom, Germany, and the United States*, Palgrave Macmillan, New York 2010
- Sharpe J. Robert, *The Law of Habeas Corpus*, Clarendon Press, Oxford 1976
- Sharp McKechnie William, *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*, James Maclehose and Sons, Glasgow 1914
- Smith A. T. H., „England and Wales“, *Criminal procedure systems in the European Community* (ed. Christine Van den Wyngaert), Butterworths, London – Brussels – Dublin – Edinburgh 1993
- Solley QC S., „The Role of the advocate“, *The Handbook of the Criminal Justice Process* (eds. Mike McConville, Geoffrey Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002
- Spencer J. R., „European Convention and the Rules of Criminal Procedure and Evidence in England“, *The Human Rights Act and the Criminal Justice and Regulatory Process* (ed. Jack Beatson), Hart Publishing, Oxford 1999
- Spencer J. R., „Introduction“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002
- Spencer J. R., „Evidence“, *European Criminal Procedures* (eds. Mireille Delmas – Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002
- Spencer JR, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008
- Stavros S., *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights – An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments*, Dordrecht 1993
- Summers Sarah, *Fair trials*, Hart Publishing, Oxford – Portland 2007
- Sward E. E., „Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System“, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, 2/1989
- Tahbaz K. C., „Fairness to the End: The Right to Confront Adverse Witnesses in Capital Sentencing Proceedings“, *Columbia Law Review*, vol. 89, 6 /1989
- Tak J. P. P., „The Dutch Prosecutor: A Prosecuting and Sentencing Officer“, *The Prosecutor in Transnational Perspective* (eds. Erik Luna, Marianne L. Wade), Oxford University Press, Oxford 2012
- Tellegen-Couperus Olga, *Short History of Roman Law*, Routledge, London – New York 1993
- Terry M., Johnson S., Thompson P., *Virtual Court pilot Outcome evaluation*, Ministry of Justice Research Series 21/10, London, 2010
- Tochilovsky V., *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts – Procedure and Human Rights Aspects*, Cambridge – Antwerp – Portland 2014
- Tomuschat C., „The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court“, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 5, 2010
- Trechsel S. with the assistance of Summers J. Sarah, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005

- Tyler R. T., „Procedural Justice and the Courts“, *Court Review: The Journal of the American Judges Association*, Vol. 44
- Vogler R., „Reform Trends in Criminal Justice: Spain, France and England & Wales“, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, 3/2005
- Vriend K., *Avoiding a Full Criminal Trial: Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, International Criminal Justice Series, vol. 8, The Hague 2016
- Walton D., *Burden of Proof, Presumption, and Argumentation*, Cambridge University press, New York, 2014
- Weigend T., „Is the Criminal Process about Truth: A German Perspective“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 26, No. 1, 2003
- Weigend T., „Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice“, *Criminal Law and Philosophy* Vol. 8, No. 2, 2014
- Wellman L. F. , *The Art of Cross – Examination: With the Cross – Examinations of Important Witnesses in Some Celebrated Cases*, new and enlarged edition, New York, The Macmillan Company, London: Macmillan & Co., Ltd 1919
- Wiaderek- Wąsek Margozata, *The principle of “equality of arms“ in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries – A comparative view*, Leuven University Press, Leuven, 2010
- Wigmore J. H., *Wigmore’s Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston 1942
- Wrottesley F. J., *The Examination of Witnesses in the Court Including Examination in Chief, Cross – Examination, and Re – Examination*, London – Toronto 1910
- Yordanova M., Markov D., Icheva M., *Right of Defence and the Principle of Equality of Arms in the Criminal Procedure in Bulgaria*, Center for the Study of Democracy, Sofija 2012
- Young N.M. Simon, „A Public Law Conception in the Criminal Process“, *The Integrity of Criminal Process: From Theory into Practice* (eds. Jill Hunter, Paul Roberts, Simon N.M. Young, David Dixon), Hart Publishing, Oxford 2016

ИЗВОРИ ПРАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* бр. 98/2006
- Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије од 1963. године
- Устава СФРЈ од 1974. године
- Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама Србије и Црне Горе, *Службени лист СЦГ*, број 6 од 28. фебруара 2003. године
- Закон о ратификацији Европске конвенције о људским правима, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр.9/2003 и 5/2005

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људским права и основних слобода измењене у складу са Протоколом 11 и Протокола број 4, 6, 7, 12, 13, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*", бр. 12/2010 и 10/2015

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019

Законик о кривичном поступку *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010

Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, број 70/2001, 68/2002, *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. Закон, 49/2007, 20/2009

Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од септембра 2009. године, *Службени гласник РС* 72/2009–36

Законик о кривичном поступку од 2006. године, *Службени гласник РС*, бр 46/06, 49/07 и 112/08

Законик о поступку судском у кривичним делима од 1865. године

Законик о судском кривичном поступку од 16. фебруара 1929. године

Закон о кривичном поступку ФНРЈ од 1948. године

Законик о кривичном поступку од 1953. године

Закон о кривичном поступку СФРЈ од 1976. године

Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019 – КЗ

Закон о судијама, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС и 47/2017

Закон о јавном тужилаштву, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 – одлука УС

Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018

Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012 – одлука УС

Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015

Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009

Закон о бесплатној правној помоћи од 13. новембра 2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 87

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005

Закон о судским вештацима, *Службени гласник РС*, бр. 44/2010

Закона о програму заштите учесника у кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције, *Сл. гласник РС*, бр. 94/2016 и 87/2018 – др. закон

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Сл. гласник РС*, бр. 32/2013, 94/2016 и 35/2019

Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС

Закон о потврђивању конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019

Закон о потврђивању уредаба, *Службени гласник РС*, бр. 62/2020, ступио на снагу 29. априла 2020. године.

Уредба о начину учешћа оптуженог на главном претресу у кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 49/2020 од 1. априла 2020. године

Правилник о критеријумима и мерилима вредновања рада јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, *Службени гласник РС*, бр. 58/2014

Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, *Службени гласник РС*, бр. 121/2012

Посебни протокол о поступању правосудних органа у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања

Судски пословник, *Службени гласник РС*, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 – испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018 и 43/2019

Правилник о управи у јавним тужилаштвима, *Службени гласник РС*, бр. 110, од 28. децембра 2009, 87 од 19. новембра 2010, 5 од 25. јануара 2012, 54 од 31. маја 2017, 14 од 23. фебруара 2018, 57 од 9. августа 2019.

Етички кодекс јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 87/2013

Радна верзија Закона о изменама и допунама ЗКП–а од 2011. године

<http://www.mpravde.gov.rs>

МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ И ДОКУМЕНТИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Уједињене нације

Декларација УН основних правних принципа за жртве кривичних дела и злоупотребе моћи од 29. новембра 1985. године

Универзална декларација о људским правима усвојена 10. децембра 1948. године

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен 16. децембра 1966. године (ступео на снагу 23. марта 1976. године)

Human rights Committee, Ninetieth session, Geneva, 9 to 27 July 2007., General Comment No. 32, *Article 14 Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, 3.

<http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>

Human rights Committee, Ninetieth session, Geneva, 9 to 27 July 2007., General Comment No. 32, *Article 14 Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*

<http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>

Guidelines on the Role of Prosecutors, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 1990

Basic Principles on the Role of Lawyers, Adopted by the Eighth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990

Савет Европе

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights – Brighton Declaration

http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Final_Declaration_ENG.pdf

CM/Rec No. R (85) 11 *on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure*, 28 June 1985

CM/Rec. No. R (97) 13 *concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence*, 10 September 1997

CM/Rec (2000) 19 *on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System*, 6 October 2000

CM/Rec No. R (93) 1 *on effective access to the law and to justice for the very poor*, 8 January 1993

CM/Rec No. R (2005) 9 *on the protection of witnesses and collaborators of justice*, 20 April 2005

CM/Rec No. R (87) 18 *concerning the simplification of criminal justice*, 17 September 1987

CM/Rec No. R (2004) 10 *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum*, 22 September 2004

Европска унија

Повеља Европске уније о основним правима од 18. децембра 2000. године

Directive (EU) 2016/343 *of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings*, L 65/1

Directive (EU) 2012/13 of the European Parliament and of the Council on the right to information in criminal proceedings, 22 May 2012, L 142/1

Directive (EU) 2012/29 of the European Parliament and of the Council establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, 25 October 2012, 14.11.2012, L 315/57

Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, 6.11.2013, L 294/1

Међународни кривични суд

Римски Статут Међународног кривичног суда

ИЗВОРИ СТРАНОГ ПРАВА

Законик о кривичном поступку Немачке, *Strafprozeßordnung* – StPO, vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist

Декларација о правима човека и грађанина, усвојена 28. августа 1789. године

Законик о кривичном поступку Француске, *Code de procédure pénale*, 1958, Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 44 (V)

Устав Републике Италије, *Costituzione della Repubblica Italiana*

Законик о кривичном поступку Италије, *Codice di Procedura Penale*, Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, Aggiornato alla Legge 26 aprile 2019

Кривични законик Италије, *Codice penale, Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto* 19 ottobre 1930, n. 1398, con le modifiche apportate, da ultimo: dalla L. 19 luglio 2019, n. 69

Законокривичном поступку Шпаније, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, BOE, núm. 260, de 17/09/1882, modificado por el art. único.1 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10725

Законокривичном поступку и истрагама Велике Британије (*Criminal Procedure and Investigations Act* – CPIA) од 1996. године, *Code of Practice*

Закон о казненој правди Велике Британије (*Criminal Justice Act*) од 1988. године

Закон о казненој правди Велике Британије (*Criminal Justice Act* – CJA) од 2003. године

Federal Rules of Criminal Procedure Сједињених Америчких Држава

Federal Rules of Evidence Сједињених Америчких Држава

American Bar Association, Criminal Justice Standards for the Prosecution Function

https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/

Законик о кривичном поступку Бугарске, *Penal Procedure Code Bulgaria*, Prom. SG. 83/18 Oct 2005, amend. SG. 46/12 Jun 2007, amend. SG. 109/20 Dec 2007, amend. SG. 69/5 Aug 2008, amend. SG. 109/23 Dec 2008, amend. SG. 12/13 Feb 2009, amend. SG. 27/10 Apr 2009, amend. SG. 32/28 Apr 2009, amend. SG. 33/30 Apr 2009, amend. SG. 15/23 Feb 2010, amend. SG. 32/27 Apr 2010, amend. SG. 101/28 Dec 2010, amend. SG. 13/11 Feb 2011

https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/bgr/1968/criminal_procedure_code_of_the_republic_of_bulgaria_html/Bulgaria_Criminal_Procedure_Code_2011.

Законик о кривичном поступку Crne Gore, *Službeni list Crne Gore* br. 57/09

Законик о кривичном поступку Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука US, 2/2015 – одлука US, 35/2015, 58/2015 – др. закон и 28/2018 – одлука US.

Закон о судовима, *Službenom listu Crne Gore*, br. 11/2015 од 12.3.2015. године, ступио на снагу 20.3.2015.

Закон о кривичном поступку Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018

Закон о кривичном поступку FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 35/03 28. jula 2003.; исправке и изmjene и dopune: *SN FBiH*: br. 37/03; *SN FBiH*: br. 56/03; *SN FBiH*: br. 78/04; *SN FBiH*: br. 28/05; *SN FBiH*: br. 55/06; *SN FBiH*: br. 27/07; *SN FBiH*: br. 53/07; *SN FBiH*: br. 9/09, *SN FBiH*: br. 12/10, 8/2013 и 59/2014

Закон о кривичном поступку Brčko Distrikta Bosne i Hercegovina, *Službeni glasnik Brčkovog distrikta BiH*, br. 34/2013 - prečišćentekst, 27/2014, 3/2019 и 16/20

Закон о кривичном поступку Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 53/2012, 91/2017 и 66/2018

Ustav Republike Hrvatske, *NN* 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

Закон о казненом поступку Hrvatske, *Narodne Novine*, 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19

Закон о казненом поступку Hrvatske, *Narodne novine*, broj 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 – Odluka и Rješenje USRH, 143/12, 56/13

Закон о казненом поступку Hrvatske, *NN* 152/2008

Закон за кривичната постапка, *Сл. Весник* на РМ, бр.150/2010 од 18.11.2010. година, измени *Сл. Весник* на РМ, бр.100/2012 од 6.8.2012 година, бр. 142/2016 од 1.8.2016 година; Одлука на Уставниот суд на Република Македонија, У.бр.2/2016 од 28.9.2016 година (*Сл. Весник* на РМ 193/2016 од 18.10. 2016. година); *Сл. Весник* на РМ, бр. 198/2018 од 31.10.2018. година

Устав Републике Словеније, *Uradni list RS*, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a

Zakon o kazenskem postopku, *Uradni list Republike Slovenije* br. 63-2168/94

Zakon o kazenskem postopku, *Uradni list RS*, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US, 66/17 – ORZKP153,154, 22/19, 55/20 – odl. USin 89/20 – odl. US

Zakon o brezplačni pravni pomoči - ZBPP, *Uradni list RS*, št. 96/04 – uradno prečiščeno besedilo, 23/08, 15/14 – odl. USin 19/15

Kazenski zakonik, *Uradni list RS*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Извештаји

Адвокатска комора Београда, Колцентарзапостављањебранилаца по службеној дужности,

<https://akb.org.rs/vesti/kol-centar-za-postavljanje-branilaca-po-sluzbenoj-duznosti/>

Legal Experts Advisory Panel Survey Report: Access to the Case File March 2015

<http://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Access-to-file-report-FINAL.pdf>

Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice",
Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)

https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf

Confrontation: *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 62, No. 4
(Dec., 1971), Published by: Northwestern University Pritzker School of Law Stable URL

<https://www.jstor.org/stable/1141704>

Научни и стручни радови

Bachmaier L., Del Moral Garcia A., „Part II. Criminal Procedure”, Spain, *International Encyclopaedia for Criminal Law* (eds. Frank Verbruggen, Vanessa Franssen, Roger Blanpain), Kluwer Law International BV, Netherlands, Suppl. 46, 2012

<https://www.kluwerlawonline.com>

Бељански В. *et. al.*, *Водич за браниоце по службеној дужности*, Хелсиншки одбор за људска
права у Републици Српској 2016

<https://helcommrs.org/index.php/akcije>

De la Cuesta J. L., Blanco Cordero I., “Resolutions of the Congresses of the International
Association of Penal Law (1926–2004)”, *International Association of Penal Law*
(*AIDP/IAPL*), Vol. 86, 1/2, 2015

<http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf>

European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 – Right to a Fair Trial (criminal Limb)*,
Council of Europe 2019

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf

Илић П.Г., „Вируснезнања никад не спава“

<https://www.cepris.org/licni-stavovi/ilic-virus-neznanja-nikad-ne-spava/>

Krapac D., „Trajanje kaznenog postupka i pravo na kazneno sudjenje u razumnom roku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63, 1/2013

<https://hrcak.srce.hr/103806>

“Powers of Federal Grand Juries”, *Stanford Law Review*, vol. 4, 1/1951

www.jstor.org/stable/1225986

Smith J., “Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant’s Confrontation Rights”, *Administration of Justice Bulletin* No. 2013/02

<https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/reports/aojb1302.pdf>

Stojanović Z., Ignjatović Đ., Bajović V., „Part II. Criminal Procedure“, Serbia, *International Encyclopaedia for Criminal Law* (eds. Frank Verbruggen, Vanessa Franssen, Roger Blanpain), Kluwer Law International BV, Netherlands, 2018

<https://www.kluwerlawonline.com>

Toma E., „The Principle of Equality of Arms – Part of the Right to a Fair Trial“, *Union of Jurists of Romania Law Review*, International Journal of Law and Jurisprudence Online Semiannually Publication, Vol. 7, 2/17

<http://www.internationallawreview.eu/article/the-principle-of-equality-of-arms-part-of-the-right-to-a-fair-trial>

Tremmel F., „„Superprinzipien“ in dem Strafverfahren“, 133 *Studia iuridica auctoritate Universitatis Pécs publicata*, 293 (2004)

<https://heinonline.org/>

The preliminary examination in the federal system: A proposal for a rule change”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 116, 8/1968

<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/pnlr116&i=1434>

Quintilian, *Institutio Oratoria*, Book V

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Quintilian/Institutio_Oratoria/5A*.html

СУДСКА ПРАКСА И ПРАКСА ТЕЛА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА

Европски суд за људска права и Европска Комисија за људска права

- A. and others v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. [3455/05](#), Grand Chamber, 19 February 2009
- Adamkiewicz c. Pologne*, ECtHR, Requête no 54729/00, 2 mars 2010, définitif 4.10.2010.
- Adolf v. Austria*, EComHR, App. 8269/78, 8 October 1980
- Airey v. Ireland*, ECtHR, App. no. [6289/73](#), 9 October 1979
- Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011
- A.L. v. Finland*, ECtHR, App. no. [23220/04](#), 27 January 2009, final on 27/4/2009
- Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. [48539/99](#), 5 November 2002, final on 5/2/2003
- Allen v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. [25424/09](#), 12 July 2013
- Alenet de Ribemont v. France*, ECtHR, App. no. [20899/03](#), App. no. [15175/89](#), 10 February 1995
- Ali and Ayşe Duran v. Turkey*, ECtHR, App. no. 42942/02, 8 April 2008, final on 8/7/2008
- Artico v. Italy*, ECtHR, App. no. [6694/74](#), 13 May 1980
- Asadbeyli and Others v. Azerbaijan*,
App.nos. [3653/05](#), [14729/05](#), [20908/05](#), [26242/05](#), [36083/05](#), [16519/06](#), 11. December 2011,
final on 11/3/2013
- Asch v. Austria*, ECtHR, App. no. [12398/86](#), 26 April 1991
- Atanasov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 22745/06, 17 February 2011 final on 17/5/2011
- A. W. Webb v The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 9353/81, 1 May 1983
- Bäckström and Andersson v. Sweden*, ECtHR, App. no. [67930/01](#), 5 September 2006
- Bandaletov v. Ukraine*, ECtHR, App. no. [23180/06](#), 31 October 2013, final on 31/1/2014
- Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, App. no. [10590/83](#), 6 December 1988
- Belilos v. Switzerland*, ECtHR, App. no. [10328/83](#), 29 April 1988
- Belziuk v. Poland*, ECtHR, 45/1997/829/1035, 25 March 1998
- Beraru v. Romania*, ECtHR, App. no. [40107/04](#), 18 March 2014, final on 8/9/2014

Bobes c. Roumanie, ECtHR, Requête no [29752/05](#), 9 juillet 2013, définitif 9/10/2013

Bocos – Cuesta v. The Netherlands, ECtHR, App. no. [54789/00](#), 10 November 2005, final on 10/2/2006

Bogumil c. Portugal, Requête no 35228/03,7/10/ 2008, définitif 6/4/2009

Bönisch v. Austria, ECtHR, App. no. [8658/79](#), 6 May 1985

Borisova v. Bulgaria, ECtHR, App. no. [56891/00](#), 21 December 2006, final on 21 March 2007

Botten v. Norway, ECtHR, App. no. [16206/90](#), 19 February 1996

Brandstetter v. Austria, ECtHR, App. no. 11170/84; 12876/87; [13468/87](#), 28 August 2001

Brennan v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [39846/98](#), 16 October 2001, final on 16/1/2002

Bricmont v Belgium, ECtHR, App. [10857/84](#), 7 July 1989

Brozicek v. Italy, ECtHR, App. no. [10964/84](#), 19 December 1989

Bulut v. Austria, ECtHR, App. no. [17358/90](#), 22. February 1996

Campbell and Fell v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. 7819/77; [7878/77](#), 28 June 1984

Can protiv Austrije, Izveštaj Komisije, 9300/81, 30/09/1985

C.G. v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [43373/98](#), 19 December 2001, final on 10/7/2002

Chmura v. Poland, ECtHR, App. no. [18475/05](#), 3 April 2012, final on 3/7/2012

Chruscinski v. Poland, ECtHR, App. no. [22755/04](#), 6 November 2007, final on 6/2/2008

Coëme and Others v. Belgium, ECtHR, App. nos. [32492/96](#), [32547/96](#), [32548/96](#), [33209/96](#) and [33210/96](#), 22 June 2000, final on 18/10/2002

Colozza v. Italy, ECtHR, App. no. 9024/80, 12 February 1985

Condron v. The United Kingdom, ECtHR, [35718/97](#), 2 May 2000, final on 2/8/2000

Correia de Matos v. Portugal, ECtHR, App. no. [56402/12](#), 4 April 2018

Crociani et al. v. Italy, EComHR, N° 8603/79, 8722/79, 8723/79 & 8729/79, 18 December 1980

Croissant v. Germany, ECtHR, App. no. [13611/88](#), 25 September 1992

Cubber v. Belgium, ECtHR, App. 9186/80, 26 October 1984

Cuscani v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [32771/96](#), 24 September 2002, final on 24/12/2002

Czekalla v. Portugal, ECtHR, App. no. [38830/97](#), 10 October 2002, final on 10/1/2003

Dadayan v. Armenia, ECtHR, App. no. [14078/12](#), 6 September 2018, final on 6/12/2018

Daktaras v. Lithuania, ECtHR, App. no. [42095/98](#), 10 October 2000, final on 17/1/2001

Dayanan v. Turkey, ECtHR, App. 7377/03, 13 October 2009, final on 13/1/2010

Daud v. Portugal, ECtHR, 11/1997/795/997, 21 April 1998

Delcourt v. Belgium, ECtHR, App. no. [2689/65](#), 17 January 1970

Deweert v. Belgium, ECtHR, App. no. [6903/75](#), 27 February 1980

Димовић против Србије, Представка бр. 24463/11, 28. јун 2016. Године

Добрић против Србије, ЕСЈП, Представке бр. 2611/07 и 15276/07, 21. јун 2011.

Dombo Beheer B.V. v. Netherlands, ECtHR, App. no. [14448/88](#), 27 October 1993

Donohoe v. Ireland, ECtHR, App. no. [19165/08](#), 12 December 2013, final on 14/4/2014

Doorson v. The Netherlands, ECtHR, App. no. 20524/92, 26 March 1996

Драгана Јовичић против Србије, Представка број 42716/11, 12. фебруар 2013.

Drassich c. Italia, ECtHR, Ricorso n. [25575/04](#), 11 dicembre 2007

Ђокић против Србије, ЕСЈП, Представка број 1005/08, 20. децембар 2011

Eckle v. Germany, ECtHR, App. no. [8130/78](#), 15 July 1982

Edwards v United Kingdom, ECtHR, App.no. 13071/87, 16 December 1992

Edwards and Lewis v. The United Kingdom, ECtHR, App. nos. [39647/98](#), [40461/98](#), 22 July 2003

Edwards and Lewis v. The United Kingdom, ECtHR, App. nos. [39647/98](#), [40461/98](#), Grand Chamber, 27 October 2004

Eftimov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia, ECtHR, App. no. [22745/06](#), 2 July 2015, final on 2/10/2015

Ekbatany v. Sweden, ECtHR, App. no. [10563/83](#), 26 May 1988

Engel and Others v. Netherlands, ECtHR, App. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; [5370/72](#), 8. June 1976

Enukidze and Girgyliani v. Georgia, ECtHR, App. no. [25091/07](#), 26 April 2011, final on 26/7/2011

Fejde v. Sweden, ECtHR, App. no. [12631/87](#), 29 October 1991

Ferrantelli and Santangelo v. Italy, ECtHR, App.no. 19874/92, 7 August 1996

Fey v. Austria, ECtHR, App. No. 14396/88, 24 February 1993

Fitt v. The United Kingdom, ECtHR, App. [29777/96](#), 16 February 2000

Foti and others v. Italy, ECtHR, App. no. 7604/76; 7719/76; 7781/77; [7913/77](#), 10 December 1982

Foucher v. France, ECtHR, App. no. [22209/93](#), 18 March 1997

Funke v. France, ECtHR, App. no. [10828/84](#), 25 February 1993

G. Ensslin, A. Baader & J. Raspe v/the Federal Republic of Germany, EComHR, App. N° 7572/76, 7586/76 et 7587/76, 8 July 1978

Gabrielyan v. Armenia, ECtHR, App. 8088/05, 10 April 2012, final on 10/7/2012

Gäfgen v. Germany, ECtHR, App. no. [22978/05](#), Grand Chamber, 1 June 2010

G.C.P v. Romania, ECtHR, App. no. [20899/03](#), пресудаод 20. децембра 2011. године, final on 4/6/2012

Ghuyumchyan v. Armenia, ECtHR, App. no. [53862/07](#), 21 January 2016, final on 21/4/2016

Goddi v. Italy, ECtHR, App. no. [8966/80](#), 9 April 1984

Gorou v. Greece (No. 2), ECtHR, App. no. [12686/03](#), Grand Chamber, 20 March 2009

Grayson and Barnham v. The United Kingdom, ECtHR, App. nos. [19955/05](#) and [15085/06](#), 23 September 2008 године, final on 23/12/2008

Gregačević v. Croatia, ECtHR, App. 58331/09, 10 October 2012

Gustav Adolf against Austria, EComHR, 8269/78, 8 October 1980

Gutfreund v. France, ECtHR, App. no. [45681/99](#), 12 June 2003, final on 12/9/2003

Güveç v. Turkey, ECtHR, App. no. [70337/01](#), 20 January 2009, final on 20/4/2009

Hadjianastassiou v. Greece, ECtHR, App. no. [12945/87](#), 16 December 1992

Хајналпротив Србије, ЕСЈП, Представка број 36937/06, 19. јун 2012

Hanževački protiv Hrvatske, ESLJP, Zahtjev br. 17182/07, 16. travanj 2009

Hauschildt v. Denmark, ECtHR, App. no. [10486/83](#), 24 May 1989

Heaney and McGuinness v. Ireland, ECtHR, App. no. [34720/97](#), 21 December 2000, final on 21/3/2001

Hermi v. Italy, ECtHR, App. no. 18114/02, Grand Chamber, 18 October 2006

Horvatic v. Croatia, ECtHR, App. 36044/09, 17 October 2013

I.A. v. France, ECtHR, App. 1/1998/904/1116, 23 September 1998

Idalov v. Russia, ECtHR, App. no. [5826/03](#), 22 May 2012

I.H. and others v. Austria, ECtHR, App. no. [42780/98](#), 25 April 2006, final on 20/7/2007

İlhan v. Turkey, ECtHR, App. no. [22277/93](#), 27 June 2000

Ilijkov v. Bulgaria, ECtHR, App. no. [33977/96](#), 26 July 2001

Incalv. Turkey, ECtHR, App. no. 41/1997/825/1031, 9 June 1998

Imbrioscia v. Switzerland, ECtHR, App. no. [13972/88](#), 24 November 1993

Isgro v. Italy, ECtHR, App. no. 11339/85, 19 February 1991

Jalloh v. Germany, ECtHR, App.no. [54810/00](#), Grand Chamber, 11 July 2006

Jan – Ake Andersson v. Sweden, ECtHR, App.no. [11274/84](#), 29 October 1991

Jasper v United Kingdom, ECtHR, App. no. [27052/95](#), 16 February 2000

J.B. v. Switzerland, ECtHR, App. no. [31827/96](#), 3 May 2001, final on 3/8/2001

Jespers v. Belgium, Commission Opinion, App. no. 8403/78

Jespers v. Belgium, EComHR, App. no. 8403/78, Report, Opinion of the Commission

Jespers v. Belgium, EComHR, N° 8403/78, 15 October 1980

John Murray v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [18731/91](#), Grand Chamber, 8 February 1996

J.M. and others v. Austria, ECtHR, App. nos. [61503/14](#) and 2 others, 1 June 2017, final on 1/9/2017

Juha Nuutinen v. Finland, ECtHR, App. no. [45830/99](#), 24 April 2007, final on 24/7/2007

Jussila v. Finland, ECtHR, App. no. [73053/01](#), 23 November 2006

Kamasinski v. Austria, ECtHR, App. no. [9783/82](#), 19 December 1989

Kaste and Mathisen v. Norway, ECtHR, App. nos. [18885/04](#) and [21166/04](#), 9 November 2006, final on 9/2/2007

Kontalexis c. Grèce (N° 2), ECtHR, Requête no. [29321/13](#), 6 septembre 2018, définitif 4/2/2019

Kostovski v. The Netherlands, ECtHR, App. [11454/85](#), 20 November 1989

Костовски против Холандије, ЕСЈП, број 10/1988/154/208, 25. октобар 1989.

Kovač protiv Hrvatske, ESLJP, Zahtijev 503/05, 12 srpanj 2007

Krasniki v. The Czech Republic, ECtHR, App. no. [51277/99](#), 28 February 2006, final on 28/5/2006

Kremzow v. Austria, ECtHR, App. no. [12350/86](#), 21 September 1993

Krčmář and others v. The Czech Republic, ECtHR, App. no. [35376/97](#), 3 March 2000, final on 3/6/2000

Kyprianou v. Cyprus, ECtHR, App. 73797/01, 15 December 2005

Lala v. The Netherlands, ECtHR, App. no. [14861/89](#), 22 September 1994

Lamy v. Belgium, ECtHR, App. no. [10444/83](#), 30 March 1989

Lanz v. Austria, ECtHR, App. no. [24430/94](#), 31 January 2002, final on 30/4/2002

Laukkanen and Manninen v. Finland, ECtHR, App. no. [50230/99](#), 3 February 2004, final on 3/5/2004

Lenojuh protiv Srbije, ECJPI, Представка број 13909/05, 6. новембра 2007.

Letellier v. France, ECtHR, App. 12369/86, 26 June 1991

Lietzow v. Germany, ECtHR, App. no. [24479/94](#), 13 February 2001

Lisica protiv Hrvatske, Zahtjev br. 20100/06, 25. februar 2010

Luberti v. Italy, ECHR, App. no. [9019/80](#), 23 February 1984

Luca v. Italy, ECtHR, App 33354/96, 25 February 2001, final on 27/5/2001

Lucà v. Italy, ECtHR, App. no. 33354/96, 27 February 2001, final on 27/5/2001

Ludicke, Belkacem and Koç v. Germany, ECtHR, App. no. 6210/73; 6877/75; [7132/75](#), 28 November 1978

Lüdi v. Switzerland, ECtHR, App. no. [12433/86](#), 15 June 1992

Lučić v. Croatia, ECtHR, App. no. [5699/11](#), 27 February 2014, final on 27/5/2014

Magee and others v. The United Kingdom, ECtHR, App. [26289/12](#); [29062/12](#); [29891/12](#), 12 May 2015, final on 12/8/2015

Makhfi c. France, ECtHR, Requête n° [59335/00](#), 19 octobre 2004, définitif 19/1/2005

Matanović protiv Hrvatske, ESLJP, Zahtjev br. 2742/12, 4. travanj 2017.

Mamujajevu protiv Srbije, ECJPI, Представка бр. 23037/04, 19. септембар 2006.

Marcello Viola v. Italy, ECtHR, App. no. 45106/04, 5 October 2006, final on 5/1/2007

Mattoccia v. Italy, ECtHR, App. no. [23969/94](#), 25 July 2000

Matyjek v. Poland, ECtHR, App. no. [38184/03](#), 24 April 2007, final on 24/9/2007

Matytsina v. Russia, ECtHR, App. no. [58428/10](#), 27 March 2014, final on 27/6/2014

Medenica v. Switzerland, ECtHR, App. no. [20491/92](#), 14 June 2001, final on 12/12/2001

Migon v. Poland, ECtHR, App. no. [24244/94](#), 25 June 2002, final on 25/9/2002

Mild and Virtanen v. Finland, ECtHR, App. nos. [39481/98](#) and [40227/98](#), 26 July 2005, final on 26/10/2005

Minelli v. Switzerland, ECtHR, App. no. [8660/79](#), 25 March 1983

Mirilashvili v. Russia, ECtHR, App. no. [6293/04](#), 11 December 2008, final on 5/6/2009

Moiseyev v. Russia, ECtHR, App. no. 62936/00, 9 October 2008, final on 6/4/2009

Moreira Ferreira v. Portugal (No. 2), ECtHR, App. no. [19867/12](#), Grand Chamber, 11 July 2017

Monnell and Morris v. the United Kingdom, ECtHR, App. no. 9562/81; [9818/82](#), 2 March 1987

Neumeister v. Austria, ECtHR, App. no [1936/63](#), 27 June 1968

Nortier v. the Netherlands, ECtHR, App. [13924/88](#), 24 August 1993

Ofner and Hopfinger v. Austria, EComHR, App. no.524/59, 617/59, 23 November 1962

Öcalan v. Turkey, ECtHR, [46221/99](#), 12 May 2005

Ognyan Asenov v. Bulgaria, ECtHR, App. no. [38157/04](#), 17 May 2017

Padovani v. Italy, ECtHR, App. [13396/87](#), 26 February 1993

Paić protiv Hrvatske, ESLJP, Zahtjev br. 47082/12, 29. ožujak 2016

Paić v. Croatia, ECtHR, App. no. [47082/12](#), 29 March 2016, final on 29/6/2016

Pakelli v. Germany, ECtHR, App. no. [8398/78](#), 25 April 1983

Panayiotou v. Cyprus, ECtHR, App. no. [20009/06](#), 20 January 2011, final on 20/4/2011

Panovits v. Cyprus, ECtHR, App. no. 4268/04, 11 December 2008, final on 11/3/2009

Pataki and Dunshirn v. Austria, EComHR, App. 596/59, 789/60, 28 March 1963

Pavlenko v. Russia, ECtHR, App. no. [42371/02](#), 1 April 2010, final on 4/10/2010

Pélissier and Sassi v. France, ECtHR, App. no. [25444/94](#), 25 March 1999

Pelladoah v. The Netherlands, ECtHR, App. no. [16737/90](#), 22 September 1994

Penev v. Bulgaria, ECtHR, App. no. [20494/04](#), 7 January 2010, final on 7/4/2010

Pereira Cruz et autres c. Portugal, ECtHR, Requêtes nos 56396/12 et 3 autres – voir liste en annexe, 26 juin 2018, définitif 26/9/2018

Perez v. France, ECtHR, App. no. [47287/99](#), 12 February 2004

Perna v. Italy, ECtHR, App. no. 48898/99, 6 May 2003

Pesukic v. Switzerland, ECtHR, App. no. [25088/07](#), 6 December 2012, final on 6/3/2013

Petyo Popov c. Bulgarie, Requête no [75022/01](#), 22 janvier 2009, définitif 22/4/ 2009

P.G. and J.H. v. The United Kingdom, ECtHR, App.44787/98, 21 December 2001

Pham Hoang v. France, ECtHR, App. no. 13191/87, 25 September 1992

Piersack v. Belgium, ECtHR, App. no. [8692/79](#), 1 October 1982

Plotnicova v Moldova, ECtHR, App. no. [38623/05](#), 15 May 2012, final on 15/8/2012

Pobornikoff v. Austria, ECtHR, App. no. [28501/95](#), 3 October 2000

Poitrimol v. France, ECtHR, App. no. [14032/88](#), 23 November 1993

Poletan and Azirovik v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, ECtHR, App. nos. [26711/07](#), [32786/10](#) and [34278/10](#), 12 May 2016, final on 17/10/2016

Polyakov v. Russia, ECtHR, App. no. [77018/01](#), 29 January 2009, final on 29/4/2009

Prežec v. Croatia, ECtHR, App. no. 48185/07, 15 January 2010

Pullarv. United Kingdom, ECtHR, App. no. 22399/93, 10 June 1996

Quaranta v. Switzerland, ECtHR, App. no. 12744/87, 24 May 1991

Reinhardt and Slimane – Kaïd v. France, ECtHR, 21/1997/805/1008 and 22/1997/806/1009, 31 March 1998

Remli v. France, ECtHR, App. [16839/90](#), 23 April 1996

Rosin v. Estonia, ECtHR, App. no. [26540/08](#), 19 Decembar 2013, final on 14/4/2014

Rowe and Davis v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [28901/95](#), 16 February 2000

Sadak and others v. Turkey (No. 1), ECtHR, App. nos. [29900/96](#), [29901/96](#), [29902/96](#) and [29903/96](#), 17 July 2001

Salabiaku v. France, ECtHR, App. no. 10519/83, 7 October 1988

Salduz v. Turkey, ECtHR, App. no. [36391/02](#), 27 November 2008

Salduz v. Turkey, ECtHR, App. no. 36391/02, Grand Chamber, 27 November 2008

Salvador Torres v. Spain, ECtHR, App. no. [21525/93](#), 24 October 1996

Şaman v. Turkey, ECtHR, App. no. [35292/05](#), 5 April 2011, final on 5/7/2011

Şandru v. Romania, ECtHR, App. no. [33882/05](#), 15 October 2013, final on 15/1/2014

Sannino v. Italy, ECtHR, App. no. [30961/03](#), 27 April 2006, final on 13/9/2006

Saunders v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [19187/91](#), 17 December 1996

Schatschaschwili v. Germany, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015

Schenk v. Switzerland, ECtHR, App. no. [10862/84](#), 12 July 1988

Scholer v. Germany, ECtHR, App. no. [14212/10](#), 18 December 2014, final on 18/3/2015

Sejdovic v. Italy, ECtHR, App. no. [56581/00](#), Grand Chamber, 1 March 2006

Seton v. United Kingdom, ECtHR, App. 55287/10, 31 March 2016, final on 12/9/2016

Shamoyan v. Armenia, ECtHR, App. no. [18499/08](#), 7 July 2015, final on 7/10/2015

Shulepova v. Russia, ECtHR, App. no. [34449/03](#), 11 Decembar 2008, final on 11/3/2009

Soering v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [14038/88](#), 7 July 1989

Solakov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", ECtHR, App. no. [47023/99](#), 31 October 2001, final on 31/1/2002

Somogyi v. Italy, ECtHR, App. no. [67972/01](#), 18 May 2004, final on 10/11/2004

Stanford v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [16757/90](#), 23 February 1994

Станимировић против Србије, ЕСЈП, Представка број 26088/06, 18. октобар 2011

S.N. v. Sweden, ECtHR, App. [34209/96](#), 2 July 2002, final on 2/10/2002

Stepuleac v. Moldova, ECtHR, App. no. [8207/06](#), 6 November 2007, final on 6/2/2008

Stoimenov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", ECtHR, App. no. [17995/02](#), 5. April 2007, final on 5/7/2007

T. v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. [24724/94](#), 16 December 1999

Teixeira de Castro v. Portugal, ECtHR, 44/1997/828/1034, 9 June 1988

Telfner v. Austria, ECtHR, App. no. [33501/96](#), 20 March 2001, définitif 20/06/2001

Timergaliyev v. Russia, ECtHR, App. no. [40631/02](#), 14 October 2008, final on 14/1/2009

Topić v. Croatia, ECtHR, App. no. [51355/10](#), 10 October 2013, final on 10/1/2014

Tovmasyan v. Armenia, ECtHR, App. no. [11578/08](#), 21 January 2016, final on 21/4/2016

Tseber c. République Tchèque, ECtHR, Requête no [46203/08](#), 22 novembre 2012, définitif 22/2/2013

Tsonyo Tsonev v. Bulgaria (No. 3), ECtHR, App. no. [21124/04](#), 16 October 2012, final on 16 January 2013

Twalib v. Greece, 42/1997/826/1032, ECtHR, 9 June 1998

Unterpertinger v. Austria, ECtHR, [9120/80](#), 24 November 1986

V. v. The United Kingdom, ECtHR, App. no. 24888/94, 16 December 1999

Vacher v. France, ECtHR, App. no. [20368/92](#), 17 December 1996

Van Mechelen and others v. The Netherlands, ECtHR,
App. nos. [21363/93](#), [21364/93](#), [21427/93](#) and [22056/93](#), 23 April 1997

Vanyan v. Russia, ECtHR, App. no. [53203/99](#), 15 December 2005, final on 15/3/2006

Varela Geis c. España, ECtHR, Demanda nº 61005/09, 5 de marzo de 2013

Vidal v. Belgium, ECtHR, App. no. [12351/86](#), 22 April 1992

Visser v The Netherlands, ECtHR, App. no. [26668/95](#), 14 February 2002

Vozhigov v. Russia, ECtHR, App. no. [5953/02](#), 26 April 2007, final on 26/7/2007

Vronchenko v. Estonia, ECtHR, App. no. [59632/09](#), 18 July 2013, final on 18/10/2013

Vulakh and others v. Russia, ECtHR, App. [33468/03](#), 10 January 2012, final on 10/4/2012

Wassink v. The Netherlands, ECtHR, Application no. [12535/86](#), 27 September 1990

Windisch v. Austria, ECtHR, App. no. [12489/86](#), 27 September 1990

X and Yv. Austria, 7909/74, EComHR, Report, 12 October 1978

X. and Y .v The Netherlands, EComHR, App. N° 6202/73, 16 March 1975

X v. Federal Republic of Germany, ECtHR, App. 6946/75, 6 July 1976

Zahirović protiv Hrvatske, ESLJP, Zahtjev br. 58590/11, 25. travnja 2013

Zana v. Turkey, ECtHR, App. no. 18954/91, 25. November 1997

Zhuk v. Ukraine, ECtHR, App. no. [45783/05](#), 21 October 2010, final on 11/4/2011

Zubac protiv Hrvatske, ESLJP, Zahtjev br. 40160/12, Veliko Vijeće, 5. travnja 2018.

Комитет за људска права

Ali Malekiv. Italy, N° 699/1996 , UN Human rights Commiittee, CCPR/C/66/D/699/1996, 13 September 1999

<https://www.hr-dp.org/contents/864>

Karttunen v. Finland, Communication No. 387/1989, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/387/1989 (1992)

<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/dec387.htm>

Pavel Selyum v Belarus, CCPR, /C/115/D/2289/2013, 9 December 2015

<https://juris.ohchr.org/>

СУДСКА ПРАКСА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Уставни суд

Одлука Уставног суда РС Уж 66/2010 од 2.7.2012. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж-431/2014 од 24. новембра 2016. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж 2768/2009 од 13. јуна 2012. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>,

Одлука Уставног суда РС Уж–4660/2010 од 13. јуна 2012. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж–4713/2012 од 7. маја 2015. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж 4276/13 од 3.3.2016. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж 4461/2010 од 12. децембра 2013. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж – 5745/2012 од 24. октобра 2013. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж 4949/14 од 29.9.2016. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука УС РС Уж-13422/2018 од 5. марта 2020. године,

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Решење Уставног суда IУз-62/2018 од 18.4.2019. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Решење Уставног суда IУз-62/2018 од 18.4.2019, издвојено мишљење

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда Уж 4628/10 од 18.1.2012. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/view/160-101195/sudska-praksa>

Одлука Уставног суда РС Уж–5735/2011 од 17. јула 2014. године

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

Одлука Уставног суда РС Уж-431/2014 од 24. новембра 2016. године,

<http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/13779/?NOLAYOUT=1>

Решење Уставног суда Уж 1233/2009 од 17. септембра 2009,

<http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/812/?NOLAYOUT=1>

Врховни касациони суд

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 593/2016 од 14.6.2016. године

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-5932016>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 655/2016 од 9.6.2016. година

<https://vk.sud.rs/sr-lat/kzz-6552016>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 79/10 од 24.3.2010. године

<https://www.vk.sud.rs/sr/>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 12/10 од 14.4.2010. године

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-1210-skra%C4%87eni-postupak-su%C4%91enje-u-odsustvu>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 867/2017 од 6.9.2017. године

<https://www.vk.sud.rs/sr>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1064/2017 од 16. новембра 2017. године

<https://www.vk.sud.rs/sr/kzz-10642017>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1217/2017 од 7. децембра 2017. године

<https://www.vk.sud.rs/sr/kzz-12172017>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 10/13 од 11.4.2013. године

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 45/11 од 8.6.2011. године

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 179/10 од 27.10.2010. године

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 867/2017 од 6.9.2017. године

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 393/16 од 13.4.2016. године

<https://vk.sud.rs/sr-lat/kzz-3932016>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 803/2019 5.9.2019. године

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-8032019-nezakoniti-dokazi>

Решење Врховног касационог суда Кзз РЗ 2/2013 од 3. априла 2013. године

<https://www.vk.sud.rs>

Решење Врховног касационог суда у Београду Кзз 375/15 од 21. априла 2015. године

Решење Врховног касационог суда Кзз 352/2019

Решење Врховног касационог суда Кзз 730/2017

Решење Врховног касационог суда Кзз 457/2014 од 22.05.2014. године

<https://vk.sud.rs/sr-lat/kzz-4572014>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 271/2019 од 21.3.2019. године

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-2712019>

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 947/2019 од 24.9.2019. године

Апелациони суд у Београду

Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1008/2016 од 23.6.2016. године

Решење Апелационог суда у Београду Кж2 134/17 од 2.2.2017. године

Решење Апелационог суда у Београду Кж 2 748/16 од 16.5.2016. године

Решење Апелационог суда у Београду Кж2 1763/2018 од 21.11.2018. године

Решење Апелационог суда у Београду Кж2 670/215 од 3.4.2015. године

Решење Апелационог суда у Београду Кж2 134/17 од 2.2.2017. године

Решење Апелационог суда у Београду Кж 2 748/16 од 16.5.2016. године

Решење Апелационог суда у Београду Кж2 По 1 бр. 56/12 од 14. фебруара 2012. године

Виши суд у Београду

Пресуда Вишег суда у Београду Кж1 бр.254/16 од 14.4.2016. године

Решење Вишег суда у Београду Кппр бр. 55/17 од 19.4.2017. године

Решење Вишег суда у Београду Кж1 бр.209/16 од 25.4.2016. године

Решење Вишег суда у Београду Кв број 2611/19 од 17.7.2019. године

Решење Вишег суда у Београду Кж2 623/15 од 25. јуна 2015. године

Основни судови

Пресуда Првог основног суда у Београду К број 5418/12 од 26.12.2017. године

Решење Првог основног суда у Београду Кпп бр. 1/2018 – Кв бр. 10/18 од 5.1.2018. године

Решење Првог основног суда у Београду Кпп бр. 341/17 – Кв бр. 1730/17 од 6.12.2017. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 5664/13 – 1. Кв бр. 426/16 од 15.3.2016. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 1048/15 – Кв 1590/17 од 15.11.2017. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 2717/11 – Кв 1363/17 од 9.10.2017. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 1868/16 – Кв 2000/16 од 17.1.2017. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 1762/17 – Кв 1764/17 од 25.12.2017. године

Решење Првог основног суда у Београду СПК бр. 51/14 – 1. Кв бр. 1188/14 од 12.06.2014. године

Решење Првог основног суда у Београду К 23496/10 од 16.6.2015. године

Решење Првог основног суда у Београду Кппр 779/17 од 8.1.2018. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 160/17 – Кв 131/17 од 24.2.2017. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 1669/17 – Кв 1668/17 од 14.3.2018. године

Решење Првог основног суда у Београду Кпп бр. 701/14 – 1. Кв бр. 2104/14 од 19.11.2014. године

Решење Првог основног суда у Београду К.бр.23646/10 – Кв.бр.5056/10 од 25.11.2010. године

Решење Првог основног суда у Београду К бр. 5418/12 – 1. Кв бр. 728/16 од 22. априла 2016. године

Решење Првог основног суда у Београду К број 19565/10 – 1. Кв. 1692/15 од 8. октобра 2015. године

Наредба Првог основног суда у Београду К бр. 494/18 – Кв бр. 528/18 од 3.5.2018. године

Наредба Првог основног суда у Београду К бр. 1323/15 – 2 Кв. бр. 1301/15 од 22.10.2015. године

Наредба Првог основног суда у Београду К број 1852/14 – 2. Кв 2289/14 од 17.12.2014. године

Наредба Првог основног суда у Београду К број 1352/14 – 2. Кв 2317/14 од 4.2.2015. године

Допис у предмету К 6570/13 – Кв.5086/13 од 4.11.2013. године

Допис у предмету Првог основног суда у Београду К бр. 137/18 – Кв бр. 70/18 од 23.10.2018. године

Јавна тужилаштва

Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 4/17 од 24.11.2017. године

Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 2/17 од 25.5.2017. године

Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду Ктпи 2/16 од 25.5.2017. године

Решење Апелационог јавног тужилаштва у Београду Ктпи 9/14 од 30.6. 2014. године

Решење Првог ОЈТ у Београду Кт бр. 963/14–Кто бр 7/14 од 2. априла 2015. године

РешењеПрвог основног јавног тужилаштва у Београду А број 374/17 од 16.10.2017. године

Правна схватања

Правно схватање Кривичног одељења Врховног Касационог суда Србије од 14. септембра 1992. године

Билтен Врховног Касационог суда 1/2014 – *Правна схватања Врховног суда Србије 1964–2009–50 година објављивања 1964–2014, Intermeх Београд*

Одговори на питања кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 4.4.2014. године

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/odgovori-na-sporna-pitanja>

Одговори са седнице кривичног одељења ВКС, одржане 2. и 4.12.2013. године, на питања Апелационих судова

<http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=krivicno-pravo-procesno-postupaknovi-ZKP-izmena-zakona-istraga>

Одговор Врховног касационог суда од 6.7.2017. године, Ставови кривичног одељења Врховног касационог суда око спорних правних питања у вези којих није постигнута сагласност представника апелационих судова

<https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Stavovi%20VKS%20iz%202017.pdf>

Адвокатска комора, аутентично тумачење Тарифе (158 – 4/09) од 5. септембра 2009. године

<http://www.akv.org.rs/autenticno-tumacenje-tarife-158-409/?lang=cir>

Став кривичног одељења Врховног касационог суда око спорних правних питања у вези којих није постигнута сагласност представника апелационих судова (Нови Сад – 31.3.2017. године)

<https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Stavovi%20VKS%20iz%202017.pdf>

“Објашњење основних правних института и појединачних решења – Из образложења предлагача Законика“, *Кривични поступак – Нови Законик*, Intermex, Београд 2011

Одговори Врховног касационог суда од дана 27.10.2014. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/15, Intermex, Београд 2015

Правна схватања Посебних одељења Вишег суда у Београду са седница одржаних током децембра 2011. и јануара 2012. године (уочи почетка примене новог Законика о кривичном поступку), *Билтен Вишег суда у Београду*, број 82, Intermex, Београд 2012

Билтен Вишег суда у Београду, број 84, Intermex, Београд 2014

Билтен Вишег суда у Београду, број 91, Intermex, Београд 2020

Билтен Апелационог суда у Београду, број 7, Intermex, Београд 2015

Текст одговора утврђена седници Кривичног одељења Врховног касационог суда 24.11.2014. године, *Билтен Врховног касационог суда у Београду* 1/2015, Intermex, Београд

Одговор кривичног одељења ВКС на питања Вишег суда у Смедереву

<http://cdn-host.bgdream.net/lt/news/sudska-praksa/odgovori-na-pitanja-podrucnih-sudova/krivicno-odeljenje/odgovori-krivicnog-odeljenja-na-pitanja-viseg-suda-u-smederevu.html>

Одговор на седници кривичног одељења Врховног касационог суда од 20. октобра 2014. године, *Билтен Врховног касационог суда* 1/15, Intermex, Београд

„Неки ставови из одлука ВКС од значаја за судску праксу – Прекорачење оптужбе (члан 438 став 1 тачка 9 ЗКП)“, *Билтен Врховног касационог суда* бр. 2/2019, Intermex, Београд

Текст одговора утврђен на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда 2. и 4.12.2013. године, *Билтен Врховног касационог суда у Београду 1/2015*, Intermex, Београд

Усаглашени ставови представника кривичних одељења апелационих судова, у присуству представника кривичног одељења Врховног касационог суда, на заједничким седницама одржаним у току 2015. године, *Билтен Врховног касационог суда 1/16*, Intermex, Београд

Усаглашени став на заједничкој седници представника кривичних одељења апелационих судова, у присуству представника Кривичног одељења Врховног касационог суда, 30. септембар 2016. године, *Билтен Врховног касационог суда 1/17*, Intermex, Београд

Сентенца из решења Врховног касационог суда Кзз 69/2014 од 5.2.2014. године утврђена на седници Кривичног одељења 16.06.2014. године, *Билтен Врховног касационог суда 1/15*, Intermex, Београд

Mole N., Braithwaite B., „Извештавање о кривичним поступцима и претпоставка невиности“, *Људска права у Европи – Правни билтен*, број 107, новембар 2008. године

СТРАНА СУДСКА ПРАКСА

Савезни уставни суд Републике Немачке

Urteil vom 04. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09,

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/05/rs20110504_2_bvr236509en.html

Судска пракса САД

Salinger v. United States, 272 U.S. 542 (1926), 548.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/542/>

Alford v. United States, 282 U.S. 687 (1931), 692.,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/687/#691>

Evansv. State, 222 Ga. 392 (Ga. 1966)

<https://casetext.com/case/evans-v-state-885>

Coyn. Iowa, 487 U.S. 1012 (1988), 1016,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/1012/>

Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (1895), 242–243

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/237/>

Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/478/>

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/>

Giglio v. United States, 405 U.S. 150 (1972),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/>

Funk v. United States, (1933) 290 US 371, 381.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/290/371/>

Frisbie v. United States, 157 U.S. 160 (1895)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/157/160/>

U.S. Supreme Court, Ex Parte United States, 287 U.S. 241 (1932)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/241/>

Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>

Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/337/>

Босна и Херцеговина

Zaključak Opštesjednice Suda Bosnei Hercegovine od 26.4.2005. godine,
Stavovi Opštesjednice Suda Bosnei Hercegovine, Sud Bosnei Hercegovine, *Pregledsudske prakse*
1/2005

Словенија

Одлука Уставног суда Републике Словеније Št. Up-32/01-22, dne 13. marca 2003.

<https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/2003-01-1267/odlocba-o-razveljavitvi-sklepa-vrhovnega-sodisca-rs-st--iv-ips-1262000>

Одлука Уставног суда Републике Словеније Št. U-I-27/95-9, dne 24. oktobra 1996

<https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/1996-01-3663/odlocba-o-ugotovitvi-dadolocba-177--clena-zakona-o-kazenskem-postopku-ni-v-neskladju-s-konvencijo-o-varstvu-clovekovih-pravic-in-temeljnih-svobosc-in-in-z-ustavo>

Vrhovno sodišče RS, Sodba I Ips 175/98 02.10.1998,

<http://www.sodisce.si/vsrs/odlocitve/23363/>

Хашки трибунал

Separate Opinion of judge Vohrah on prosecution motion for production of defence witness statements

<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/61127ws21.htm>,

БИОГРАФИЈА

Кандидат Ивана Миљуш је рођена 29. марта 1985. године у Брчком, општина Брчко, Босна и Херцеговина.

Основну школу и гимназију завршила је у Београду. Правни факултет Универзитета у Београду уписала је школске 2003/04 године, на ком је дипломирала 23. јануара 2008. године, са просечном оценом 9,74. На Правном факултету Универзитета у Београду, школске 2008/09 године, уписала је мастер студије из међународно правне научне области, које је завршила 8. фебруара 2010. године одбраном мастер рада под насловом: *„Регионалне интеграције у Латинској Америци у поређењу са европским интеграцијама“*.

Школске 2012/13. године, на Правном факултету Универзитета у Београду, уписала је докторске академске студије, кривичноправну ужу научну област. У досадашњем току докторских студија, на првој и другој години положила је: Методе научно – истраживачког рада, први (Кривично право – општи део, Кривично право – посебни део и Кривично процесно право) и други (Међународно кривично право и Криминалистика) усмени део докторског испита, те успешно одбранила семинарски рад под називом *“Положај оштећеног у фази истраге и оптужења према Законнику о кривичном поступку из 2011. године“*.

Након завршених основних студија, у Првом општинском суду у Београду и Првом основном суду у Београду радила је као судијски приправник, судијски сарадник и виши судијски сарадник. Положила је правосудни испит у Београду 24. јуна 2011. године.

На Правном факултету Универзитета у Београду била је ангажована као демонстратор за помоћ наставницима у извођењу вежби, на Катедри за кривично право, за ужу научну област Кривично право, на предмету Кривично процесно право од 2013. године до 2018. године.

На Правном факултету Универзитета у Београду запослена је 7. новембра 2018. године, на радном месту сарадник у настави, на предмету Кривично процесно право. Изабрана је 25. септембра 2020. године у звање асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право, на Правном факултету Универзитета у Београду, у ком звању је и данас.

Спољни је сарадник Института за упоредно право од 2015. године.

Поседује знања енглеског, немачког и шпанског језика.

Објавила је више научних и стручних радова, као аутор и коаутор.

- Миљуш И., „Улога суда у тужилачком моделу истраге према новом Законнику о кривичном поступку из 2011. године“, *Harmonius* 2014, стр. 226 – 241.
- Миљуш И., Станковић Б., „Надлежност кривичног ванпретресног већа у фази истраге и оптужења – проблеми у пракси“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LV редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2015 (коауторски рад), стр. 570 – 590.
- Миљуш И., Станковић Б., „Притвор – Примена у судској пракси“, *Годишњак Факултета за безбедност у Београду* (ур. Бановић Б.), Београд 2015, коауторски рад, стр. 371 – 386.
- Миљуш И., Илић И., „Примена међународних стандарда о положају оштећеног у кривичном поступку“, *Пројекат усклађивања права Србије са правом ЕУ – Зборник радова* (ур. Лазић М.), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2016, коауторски рад, стр. 221 – 238.
- Миљуш И., „Однос између судске полиције и тужилаштва у Италији и Шпанији – Потреба реформе законодавства“, *Страни правни живот* 2/2016, стр. 199 – 216.
- Миљуш И., Станковић Б., „Контрола оптужнице“, *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23, норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVI редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2016, коауторски рад, стр. 565 – 585.
- Миљуш И., Лукачевић В., „Рок за подношење захтева за накнаду трошкова кривичног поступка – повреда права оштећеног на приступ суду“, *Билтен Првог основног суда у Београду*, Vol. 1, Intermex, Београд 2016, стр. 114 – 117.
- Миљуш И., „Положај осумњиченог у истрази“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2016 – колективна монографија* (ур. Митровић Д.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, стр. 303 – 318.
- Миљуш И., Станковић Б., „Трошкови окривљеног и браниоца“, *Годишњак Факултета за безбедност у Београду* (ур. Бановић Б.), Београд, 2016, коауторски рад, стр. 267 – 285.
- Миљуш И., Лукачевић В., „Поступање са привремено одузетим предметима након примене начела опортунитета кривичног гоњења“, *Билтен Првог основног суда у Београду*, Vol. 2, Intermex, Београд 2017, коауторски рад, стр. 106 – 117.
- Миљуш И., Станковић Б., „Претресање и поступање са привремено одузетим предметима“, *Реформски процеси и поглавље 23 (година дана после) – кривичноправни аспект*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, LVII редовно годишње саветовање Удружења, Златибор – Београд 2017, коауторски рад, стр. 547 – 565.
- Миљуш И., „Трагање за истином у кривичном поступку“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2017 – колективна монографија* (ур. Митровић Д.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, стр. 259 – 275.
- Миљуш И., „Ограничења права окривљеног у истрази – примена начела правичности“, *Билтен Првог основног суда у Београду*, Vol. 3, Intermex, Београд 2018, стр. 154 – 166.

- Миљуш И., Станковић Б., „Командна одговорност – проблем доказивања у поступцима пред међународним судом“, *Правни живот*, Vol. 1, 9/2018, коауторски рад, стр. 581 – 600.
- Миљуш И., „Изрицање јединствене казне – материјалноправни и процесно правни аспекти“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2018 – колективна монографија* (ур. Крстић И., Лукић М.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, стр. 235 – 252.
- Миљуш И., „Право на стручног саветника“, *Правни живот*, Vol. I, 9/2019, стр. 629 – 643.
- Миљуш И., „Стручни саветник у кривичном поступку“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2019 – колективна монографија* (ур. Крстић И., Лукић М.), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019
- Миљуш И., „Изазови и ризици увођења видео линка у кривични поступак“, *Унификација права и правна сигурност: Зборник радова 33. сусрета Копаоничке школе природног права – Слободан Перовић, међународна конференција, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић*, Vol. 2, 2020, стр. 5 – 27.

ПРИЛОГ 1

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора: Ивана Миљуш

Број индекса: ДС 25/2012

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Начело једнакости „оружја“ у кривичном поступку“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, 23. априла 2021.

ПРИЛОГ 2

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: Ивана Миљуш

Број индекса: ДС 25/2012

Студијски програм: кривично право

Наслов рада: Начело једнакости „оружја“ у кривичном поступку

Ментор: проф. др Милан Шкулић, Правни факултет Универзитета у Београду

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, 23. априла 2021.

ПРИЛОГ 3

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Начело једнакости „оружја“ у кривичном поступку

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.

Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, 23. априла 2021.

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.