

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Светлана М. Ненадић

**ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ
КАО ЉУДСКО ПРАВО
СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ
НА ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА
ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Докторска дисертација

Београд, 2019. године

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Svetlana M. Nenadić

**PRESUMPTION OF INNOCENCE
AS HUMAN RIGHT
WITH A REVIEW OF CASE LAW
OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2019

Ментори:

Проф. др Милан Шкулић
Универзитет у Београду
Правни факултет

Проф. др Бранко Ракић
Универзитет у Београду
Правни факултет

Чланови комисије:

Проф. др Милан Шкулић
Универзитет у Београду
Правни факултет

Проф. др Бранко Ракић
Универзитет у Београду
Правни факултет

Проф. др Бранислав Ристивојевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет

Датум одбране: _____

ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ КАО ЉУДСКО ПРАВО СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сажетак

Докторска дисертација „Претпоставка невиности као људско право са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права“ представља истраживање претпоставке невиности у троструком својству - као људског права, процесног права окривљеног у кривичном поступку и гаранције легитимитета кривичног поступка. Анализирана је регулација претпоставке невиности у међународним инструментима, али и пракса међународних механизма за заштиту људских права у погледу заштите претпоставке невиности. Централни фокус истраживања је начин разумевања претпоставке невиности у пракси Европског суда за људска права, а посебно у односу на питање елемената претпоставке невиности – терета доказивања, стандарда доказивања, *in dubio pro reo* и привилегије против самоинкриминације. У погледу праксе Европског суда за људска права, анализиран је и начин разумевања положаја претпоставке невиности у односу на друга права из корпуса права на правично суђење. Посебна пажња је посвећена ризицима по претпоставку невиности и трансформацији претпоставке невиности у савременом кривичном праву, као и рефлексјама ризика и трансформација у међународним инструментима и механизмима за заштиту људских права.

Кључне речи: претпоставка невиности, међународни инструменти и механизми заштите људских права, Европски суда за људска права, владавина права, право на правично суђење, терет доказивања, стандард доказивања, *in dubio pro reo*, привилегија против самоинкриминације, *pre-crime*.

Научна област: правна

Ужа научна област: међународно право људских права

УДК: 342.722:343.131.7

PRESUMPTION OF INNOCENCE AS HUMAN RIGHT WITH A REVIEW OF CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

Doctoral Dissertation „Presumption of innocence as human right with review on case law of European Court of Human Rights“ represents a scientific research of the presumption of innocence in triple capacity – as a human right, as a procedural right of the defendant and as a guarantee of a criminal proceeding legitimacy. Research included analysis of the presumption of innocence in international instruments, as well as the practice of international mechanisms for human rights protection. The central focus of the research is caselaw of the European Court of Human Rights in the field of presumption of innocence, especially with regard to the elements of presumption of innocence - burden of proof, standard of proof, *in dubio pro reo* and privileges against self-incrimination. It is also analysed how to understand the position of the presumption of innocence in the relation to other rights in the corpus of fair trial rights. Research included analysis of the presumption of innocence risks and transformation of the presumption of innocence in contemporary criminal law, as well as the reflections of risks and transformations in international human rights instruments and mechanisms.

Key words: presumption of innocence, international instruments and mechanisms for human rights protection, European Court for Human Rights, rule of law, fair trial right, burden of proof, standard of proof, *in dubio pro reo*, privileges against self-incrimination, risk society, *pre-crime*.

Scientific field: law

Specific scientific field: International Human Rights Law

UDC: 342.722:343.131.7

САДРЖАЈ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ	1
-----------------------	---

ДЕО ПРВИ ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ КАО ЉУДСКО ПРАВО У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ ЉУДСКИХ ПРАВА

1.1. ПОЈАМ И ИСТОРИЈАТ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ	6
1.1.1. Корени претпоставке невиности	7
1.1.1.1. Једнакост као корен претпоставке невиности	7
1.1.1.2. Легитимитет као корен претпоставке невиности	8
1.1.1.3. Истина и правда као корен претпоставке невиности	9
1.1.1.4. Промовисање владавине права и спречавање арбитрности државе као корен претпоставке невиности	11
1.1.2. Појам претпоставке и појам невиности.....	13
1.1.3. Садржина претпоставке невиности	15
1.1.4. Историјат претпоставке невиности	18
1.2. ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ КАО ПРАВО МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА	22
1.2.1. Настанак и развој права на правично суђење као људског права	22
1.2.2. Право на правично суђење као обичајно право.....	25
1.2.3. Право на правично суђење и претпоставка невиности као <i>jus cogens</i>	27
1.2.4. Позиционирање претпоставке невиности у међународном праву људских права.....	31
1.2.5. Индивидуа и начини заштите права на правично суђење у међународном јавном праву	33
1.3. ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ГЛОБАЛНИМ И РЕГИОНАЛНИМ ИНСТРУМЕНТИМА И МЕХАНИЗМИМА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА	35
1.3.1. Правни оквир УН – Универзална декларација о правима човека	35
1.3.2. Међународни пакт о грађанским и политички правима.....	37
1.3.3. Претпоставка невиности у општим коментарима Комитета за људска права УН.....	39

1.3.4.	Одлуке Комитета за људска права.....	42
1.3.5.	Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима за заштиту људских права	48
1.3.5.1.	Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима на тлу Америке	49
1.3.5.2.	Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима на тлу Африке.....	52
1.3.5.3.	Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима на тлу Азије.....	55
1.3.6.	Међународне невладине организације и претпоставка невиности	56
1.3.6.1.	Појам и улога међународних невладиних организација у промоцији и заштити људских права	56
1.3.6.2.	Међународне невладине организације и претпоставка невиности.....	59
1.4.	ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ ПОД ОКРИЉЕМ СЕ.....	62
1.4.1.	Вишедимензионална заштита људских права у Европи	62
1.4.2.	Настанак и архитектура заштите људских права у СЕ.....	63
1.4.3.	Право на правично суђење и претпоставка невиности у ЕКЉП	66
1.4.4.	Препоруке комитета министара СЕ у односу на претпоставку невиности	68
1.4.5.	Венецијанска комисија и претпоставка невиности.....	72
1.4.6.	Консултативна већа европских судија и тужилаца и претпоставка невиности	75
1.5.	ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ЕУ	78
1.5.1.	Развој људских права у ЕУ	78
1.5.2.	Развој европског кривичног права.....	81
1.5.3.	Претпоставка невиности као људско право у ЕУ	88
1.5.3.1.	Повеља ЕУ о основним правима и претпоставка невиности	88
1.5.3.2.	Директива о јачању претпоставке невиности и праву присуства на суђењу	90
1.5.4.	Претпоставка невиности у пракси OLAF.....	96
1.5.5.	Претпоставка невиности у пракси Омбудсмана ЕУ	99
1.5.6.	Правично суђење у кривичним предметима - пракса СПЕУ (ЕСЈ)...	101
1.5.7.	<i>Kadi case I, II</i> и претпоставка невиности.....	108
1.5.8.	Претпоставка невиности у пракси СПЕУ	113
1.5.8.1.	Претпоставка невиности као део права ЕУ.....	114
1.5.8.2.	<i>Ratione personae</i> и <i>ratione materiae</i> претпоставке невиности	116
1.5.8.3.	Обрнут терет доказивања и самоинкриминација у пракси СПЕУ	117
1.5.8.4.	Директива о претпоставци невиности у пракси СПЕУ	119
1.6.	МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВОСУЂЕ, ПРАВИЧАН ПОСТУПАК И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У СТАТУТИМА И ПРАВИЛИМА ПОСТУПКА	120
1.6.1.	Настанак међународног кривичног правосуђа и претпоставка невиности у међународном хуманитарном праву	120

1.6.2.	Претпоставка невиности у статутима међународних кривичних трибунала и Сталног међународног кривичног суда	124
1.6.2.1.	Међународни кривични трибунал за бившу Југославију и претпоставка невиности	124
1.6.2.2.	Стални међународни кривични суд и претпоставка невиности.....	127
1.6.3.	Претпоставка невиности у пракси међународних трибунала и Сталног међународног кривичног суда.....	130
1.6.3.1.	Терет доказивања и стандард доказивања изван разумне сумње	130
1.6.3.2.	Привилегија против самоинкриминације са посебним освртом на окривљеног као сведока у одбрани.....	133
1.6.3.3.	Јавне изјаве тужилаца	137
1.6.3.4.	Заштита претпоставке невиности лица која се помињу у одлукама као могући или вероватни саучесници	139
1.7.	УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА – КРЕИРАЊЕ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У СРБИЈИ	140
1.7.1.	Претпоставка невиности на релацији „исток-запад“ током хладног рата	140
1.7.2.	Претпоставка невиности у совјетској правној теорији.....	143
1.7.3.	Трансформација из претпоставке некривице у претпоставку невиности у Србији – нормативни аспект.....	145
1.7.3.1.	Претпоставка невиности у уставима	145
1.7.3.2.	Претпоставка невиности у законима.....	147
1.7.4.	Претпоставка некривице/невиности у правној теорији на тлу Југославије и Србије.....	152
1.7.5.	Претпоставка некривице и/или претпоставка невиности – права или лажна дилема?.....	155

ДЕО ДРУГИ ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

2.1.	КОНЦЕПТ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА У ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА У ОКВИРУ СЕ	161
2.1.1.	Концепт владавине права Савета Европе. Владавина права као мета правни принцип.....	161
2.1.2.	Европски суд за људска права.....	164
2.2.	ЉУДСКА ПРАВА У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА – АУТОНОМНИ ПОЈМОВИ И ОПСЕГ ПРАВА ЗАШТИЋЕНИХ КОНВЕНЦИЈОМ.....	169
2.2.1.	Појам и сврха <i>аутономних појмова</i> у заштити људских права у кривичним поступцима.....	170
2.2.2.	Аутономни појам кривичне оптужбе	171
2.2.3.	Аутономни појам <i>трибунала</i>	174
2.2.4.	Људска права у кривичним поступцима – права и слободе заштићене Конвенцијом.....	176

2.3.	ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА.....	177
2.3.1.	Појам права на правично суђење у кривичним поступцима.....	177
2.3.2.	Ограничење права на правично суђење у кривичним поступцима.....	181
2.3.3.	Одрицање од права на правично суђење у кривичним поступцима.....	185
2.3.4.	Интерпретативне технике права на правично суђење	186
2.3.4.1.	ЕКЉП и Бечка конвенција о уговорном праву.....	186
2.3.4.2.	Интерпретативне технике члана 6 ЕКЉП у кривичним поступцима.....	188
2.3.4.3.	Практична и ефективна примена права и имплицитна права у кривичном поступку	192
2.3.5.	Комплексност структуре члана 6. – да ли постоји хијерархија између права из права на правично суђење?	194
2.3.6.	Временска примена права на правично суђење	197
2.4.	ЕЛЕМЕНТИ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ <i>RATIONE MATERIAE</i> , <i>RATIONE TEMPORIS</i> И ПОВЕЗАНОСТ СА ДРУГИМ ПРАВИМА ИЗ КОНВЕНЦИЈЕ.....	200
2.4.1.	Елементи претпоставке невиности	201
2.4.2.	Обим примене претпоставке невиности – <i>ratione materiae</i>	202
2.4.3.	Временска примена претпоставке невиности – <i>ratione temporis</i>	206
2.4.4.	Повезаност претпоставке невиности са другим правима из Конвенције.....	208
2.4.4.1.	Право на живот.....	209
2.4.4.2.	Забрана мучења из члана 3.	210
2.4.4.3.	Забрана ропства и принудног рада из члана 4.	212
2.4.4.4.	Право на слободу и сигурност из члана 5.	212
2.4.4.5.	Слобода изражавања и претпоставка невиности.....	214
2.4.4.6.	Право на имовину и претпоставка невиности	215
2.4.4.7.	Право на накнаду за погрешну осуду и претпоставка невиности.....	216
2.5.	ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА И ПРЕБАЦИВАЊЕ ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА	217
2.5.1.	Појам терета доказивања и теоријске поделе.	217
2.5.2.	Пребацивање терета доказивања	220
2.5.3.	Пракса ЕСЉП	222
2.5.4.	Закључак о пракси ЕСЉП у погледу терета доказивања	229
2.6.	СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА ИЗВАН РАЗУМНЕ СУМЊЕ И НАЧЕЛО <i>IN DUBIO PRO REO</i>	232
2.6.1.	Стандард доказивања и претпоставка невиности	232
2.6.2.	<i>In dubio pro reo</i> и претпоставка невиности	235
2.6.3.	Закључак о пракси ЕСЉП у погледу стандарда доказивања и <i>in dubio pro reo</i>	240

2.7.	ПРИВИЛЕГИЈА ПРОТИВ САМОИНКРИМИНАЦИЈЕ И ПРАВО ОКРИВЉЕНОГ НА ОДБРАНУ ЋУТАЊЕМ.....	241
2.7.1.	Појам привилегије против самоинкриминације и права на ћутање и њихов међусобни однос.....	241
2.7.2.	Креирање привилегије против самоинкриминације у пракси ЕСЈП.....	244
2.7.3.	Креирање права на ћутање, односно права окривљеног да не сведочи у пракси ЕСЈП.	246
2.7.4.	Цртање граница – на које поступке се привилегија против самоинкриминације примењује, а на које не.	250
2.7.5.	Закључак о пракси ЕСЈП у погледу привилегије против самоинкриминације и права окривљеног на ћутање.....	253
2.8.	НЕПРИСТРАСНОСТ СУДИЈА И ТУЖИЛАЦА.....	254
2.8.1.	Појам непристрасности.....	254
2.8.2.	Непристрасност тужилаца.....	260
2.8.3.	Непристрасност судија и тужилаца као етичка категорија.....	262
2.9.	ИЗЈАВЕ ЗВАНИЧНИКА.....	265
2.9.1.	Појам јавног званичника чије изјаве су релевантне са становишта претпоставке невиности.....	265
2.9.2.	Изјаве судија.....	268
2.9.3.	Изјаве јавних тужилаца.....	273
2.9.4.	Изјаве припадника полиције.....	276
2.9.5.	Избор речи.....	278
2.10.	РЕПУТАЦИЈА И СТИГМАТИЗАЦИЈА ОКРИВЉЕНОГ.....	282
2.10.1.	Дужност очувања репутације окривљеног.....	282
2.10.2.	Притвор и претпоставка невиности.....	284
2.10.3.	Безбедносне мере у односу на окривљеног и симболички третман окривљеног.....	289
2.10.4.	Репутација окривљеног - поступци у току и признање које не може да се користи као доказ.....	291
2.11.	МЕДИЈИ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ.....	293
2.11.1.	Правна регулација.....	293
2.11.2.	Претпоставка невиности и медији у пракси ЕСЈП.....	301
2.11.2.1.	Вагање између слободе изражавања и претпоставке невиности.....	301
2.11.2.2.	Претпоставка невиности и медијска кампања.....	304
2.11.2.3.	Позитивне обавезе државе и одговорност државе.....	308
2.11.3.	Закључак о поступању ЕСЈП у погледу односа медија и претпоставке невиности.....	310

2.12. ГРАНИЧНИ СЛУЧАЈЕВИ ПРИМЕНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ	313
2.12.1. „Сиве зоне“ важења претпоставке невиности	313
2.12.2. Претпоставка невиности у поступцима који следе након окончања кривичног поступка	315
2.12.3. Претпоставка невиности у дисциплинском поступку	318
2.12.4. Помињање кривице лица које није оптужено у образложењу пресуде.....	319

ДЕО ТРЕЋИ

РИЗИЦИ ПО ПОВРЕДУ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

3.1. СОЦИОЛОШКИ И КРИМИНОЛОШКИ ОСВРТ - „РИЗИЧНО ДРУШТВО“ И „СТРАХ ОД КРИМИНАЛА“	321
3.1.1. „Ризично друштво“	321
3.1.2. „Страх од криминала“	326
3.2. <i>PRE-CRIME</i> ИЛИ КРИВИЧНО ПРАВО РИЗИЧНОГ ДРУШТВА	329
3.2.1. Појам <i>pre-crime</i>	329
3.2.2. <i>Pre-crime</i> и ризици по претпоставку невиности.....	332
3.3. ПРЕДОСТРОЖНОСТ КАО НОВИ ЗАДАТАК КРИВИЧНОГ ПРАВА У БОРБИ ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА, ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА И КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ	339
3.3.1. Кривичноправни одговор на опасност од тероризма.....	339
3.3.2. Превентивно деловање држава на пољу борбе против тероризма	343
3.3.3. Превентивно деловање држава на пољу заштите од кривичних дела против полне слободе	349
3.4. ЕШТОНОВИ МОДЕЛИ УГРОЖАВАЊА ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	352
3.4.1. Појам.....	352
3.4.2. Модел ограничавања.....	353
3.4.3. Модел ерозије	354
3.4.4. Модел евазије или модел избегавања.....	357
3.4.5. Модел „искорак у страну“	358
3.5. ПРЕВЕНТИВНО ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ	359
3.5.1. Превентивно лишење слободе у међународном праву.....	359
3.5.2. Критички ставови	363

3.5.3. Пракса ЕСЉП	365
3.5.4. Притвор и претпоставка невиности.....	368
3.6. ИЗАЗОВИ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У МАТЕРИЈАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ОБЛИКЕ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ	373
3.6.1. Контемпоралне тенденције у материјалном кривичном праву које утичу на претпоставку невиности	373
3.6.2. Командна одговорност.....	377
3.6.3. Удружени злочиначки подухват	383
3.7. РАСТУЋИ ЗАХТЕВ ЗА ЕФИКАСНОШЋУ ПОСТУПАЊА. ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ.....	388
3.7.1. Поједностављене форме поступања	388
3.7.2. Споразум о признању кривичног дела и претпоставка невиности....	392
3.7.3. Да ли је споразум о признању кривичног дела компатибилан са претпоставком невиности?.....	396
3.7.4. Одицање од права на суђење – споразум о признању кривичног дела и претпоставка невиности у пракси ЕСЉП.....	400
3.7.5. Начело опортунитета и претпоставка невиности.....	402
3.8. ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ СТЕЧЕНЕ КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ.....	407
3.8.1. Појам проширеног одузимања имовине и међународно правна регулатива	407
3.8.1.1. Појам	407
3.8.1.2. Међународноправна регулатива	410
3.8.2. Стандард доказивања, пребацивање терета доказивања и законске претпоставке код проширеног одузимања имовине	413
3.8.3. Пракса ЕСЉП	417
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	421
ЛИТЕРАТУРА	427
БИОГРАФИЈА.....	463

ПРИЛОГ 1: ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ	466
ПРИЛОГ 2: ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА	467
ПРИЛОГ 3: ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ	468

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Претпоставка невиности може се посматрати у троструком значењу. Првенствено, претпоставка невиности је индивидуално процесно право окривљеног у кривичном поступку. Потом, претпоставка невиности је људско право међународног права људских права. Коначно, претпоставка невиности представља и начело којим се гарантује легитимитет кривичног поступка. Дакле, претпоставка невиности је, као предмет истраживања, вишедимензионална и прелама се кроз међународно право људских права и кривично процесно право.

Предуслов за истраживање претпоставке невиности јесте јасно дефинисање предмета истраживања. Предмет истраживања је претпоставка невиности као процесно начело и људско право, без амбиције утврђивања корелацијске везе између правне невиности са једне стране и материјалне, односно фактичке невиности, са друге стране.

Обим истраживања претпоставке невиности кретао се у три правца који су у структури рада раздвојени у три дела.

Првенствено, истраживање је започето утврђивањем положаја и начина дефинисања претпоставке невиности у међународним инструментима за заштиту људских права, како на универзалном нивоу, тако и на регионалном нивоу. Паралелно, истраживан је начин разумевања и обим примене претпоставке невиности у међународним механизмима за заштиту људских права.

Нарочита пажња посвећена је развоју претпоставке невиности на тлу Европе у оквиру Савета Европе и ЕУ. Фокус у истраживању усмерен је и на одлуке СПЕУ у предметима који се тичу права на правично суђење и претпоставке невиности, као и однос утицаја ЕСЈП на праксу СПЕУ у погледу претпоставке невиности.

Незаобилазан део истраживања је пракса међународних кривичних трибунала/судова. Истраживање је усмерено, како на статуте судова, као изворе процесног права и заштите људских права у кривичним поступцима, тако и на праксу судова у погледу примене претпоставке невиности. Анализиране су процесне специфичности поступака пред међународним кривичним судовима који могу да представљају ризик по претпоставку невиности.

Истраживање је обухватило и анализу међусобног утицаја бројних међународних инструмената и механизма за заштиту људских права у односу на претпоставку невиности, а посебно утицај Европског суда за људска права на развој претпоставке невиности ван Европе. Пажња је посвећена и утицају међународних инструмената и механизма на развој претпоставке невиности у српском кривично процесном праву и теорији.

Други део истраживања, који уједно представља и централни фокус истраживања, посвећен је пракси ЕСЉП који нуди највише стандарде заштите људских права на међународном нивоу и чије одлуке служе као водич другим међународним судовима и телима за заштиту људских права.

Истраживана је претпоставка невиности у ширем смислу који обухвата следеће елементе: терет доказивања; стандард доказивања изван разумне сумње; ризик недостижања стандарда доказивања; привилегију против самоинкриминације; непристрасност; лишење слободе у кривичном поступку; изјаве званичника; поступање медија. Опредељење за шири приступ у истраживању претпоставке невиности проистекло је из разлога што претпоставка невиности, сама по себи, без наведених елемената, представља „празну шкољку“. Истраживање праксе Европског суда за људска права у примени претпоставке невиности, нужно је обухватило и анализу начина тумачења и доследности ЕСЉП по питању заштите права на правично суђење.

Трећи део истраживања обухватио је детектовање инхерентних ризика по претпоставку невиности у оквиру савремених тенденција превентивне правде у *друштву ризика*. Истраживани су теоријски модели уз помоћ којих је могуће тестирање потенцијалне угрожености претпоставке невиности у односу на свако

конкретно законско решење. Такође, истраживање је идентификовало неколико савремених тенденција у кривичном процесном и кривичном материјалном праву које представљају очигледан глобални тренд угрожавања претпоставке невиности. Посебна пажња је посвећена анализи одлука Европског суда за људска права у погледу савремених тенденција националних законодавстава на смањењу значаја или обима примене претпоставке невиности.

Циљ истраживања је повезивање метода, резултата и закључака из међународног права људских права и кривичног процесног права са идејом обједињавања различитости у приступу и постизања јединствених закључака у тачки пресека – претпоставци невиности. Јединствени закључци, који надилазе појединачну грану права, имају двоструку амбицију. Прво је да понуде теоријску основу за боље разумевање и даљу анализу савремених тенденција кривичног процесног и материјалног права у односу на питање претпоставке невиности. Друго је да олакшају тумачење и оцену одлука међународних судова и тела за заштиту људских права у погледу претпоставке невиности.

Имајући у виду наведено, на почетку истраживања успостављено је неколико основних хипотеза. Прво, да претпоставка невиности није само процесно право, већ је у гаранција фер поступања и гаранција владавине права. Друго, да начин разумевања значаја и садржине претпоставке невиности у међународним механизмима заштите људских права није јединствен. Треће, да претпоставка невиности има сложену структуру која обухвата више елемената, од којих неки представљају самосталне правне институте. Четврто, да пракса Европског суда за људска права у примени права на правично суђење и претпоставке невиности није конзистентна и предвидива. Пето, да претпоставка невиности није статична категорија.

По типу, истраживање претпоставке невиности представља емпиријско, експланаторно и компаративно истраживање. По методу, истраживање је обухватило комбинацију уобичајених метода истраживања, и то: нормативноправни, упоредноправни и историјскоправни метод. Међутим, како се претпоставка невиности рефлектује на две гране права – међународно право људских права и кривично процесно право, истраживање је усмерено и ка

интердисциплинарном и трансдисциплинарном методу. Интердисциплинарни метод има за циљ комбиновање више академских дисциплина у једном истраживању како би се на свеобухватан начин сагледао њихов пресек у одређеној заједничкој тачки, у овом случају претпоставци невиности. Интердисциплинарни приступ доприноси квалитету истраживања заједничке тачке пресека различитих дисциплина, а при том не ограничава инхерентна својства ни једне од појединачних дисциплина. Трансдисциплинарни метод, са друге стране, се не зауставља на заједничкој тачки пресека дисциплина трагајући за заједничким предметом, већ управо супротно, обједињује различитости у циљу свеобухватног приступа предмету истраживања. Трансдисциплинарни метод је коришћен искључиво у оним деловима истраживања где је уочена изражена политичка димензија тумачења претпоставке невиности.

Истраживање начела претпоставке невиности представљало је велики изазов. Изазов се састојао у томе што претпоставка невиности представља једну од кључних тачки пресека бројних људских права и фундаменталних слобода (право на правично суђење, право на слободу и безбедност, слобода изражавања), као и тачку пресека најзначајнијих процесних начела (једнакост оружја, терет доказивања, стандард доказивања и сл). Није могуће анализирати претпоставку невиности, а при том избећи анализу везаних права, слобода и начела. Због наведеног, претпоставка невиности представља тему која је увек актуелна и значајна, како за професионалце, тако и за правне лаике. Ванправни аспект претпоставке невиности се нарочито огледа у друштвеној рефлексији која је очигледна у сфери медијских слобода и политичкој сфери доношења одлука о начинима борбе против тероризма и организованог криминала, када политичари радо посежу за заводљивим механизмима превентивног, брзог и ефикасног деловања, занемарујући претпоставку невиности.

Комплексност и вишедимензионалност претпоставке невиности, као људског права и као начела кривичног процесног права, условила је нешто сложенији метод истраживања са израженим интердисциплинарним и трансдисциплинарним методом. Овај методолошки приступ има за амбицију свеж начин сагледавања претпоставке невиности, битно другачији у односу на

традиционалне начине истраживања који подразумевају одвојеност правних дисциплина. Повезивање метода истраживања из области права и њихово надилажење, комбиновањем са методама истраживања из других друштвених наука, као што је социологија, представљало је методолошки одговор на једно од најинтригантнијих начела кривичног поступка – претпоставку невиности.

Аутор има за амбицију да један, са становишта међународног права људских права, узак сегмент људских права сагледа из свих перспектива и димензија идући више у дубину, него ширину истраживања, као и да кроз методолошки спој научних дисциплина претпоставку невиности представи на свеобухватан начин. Методолошки приступ, својствен научним истраживањима, у истраживању претпоставке невиности дозволио је и могућност практичног приступа начелу претпоставке невиности, те стога дисертација може да представи користан извор праксе и ставова међународних тела у погледу заштите претпоставке невиности.

ДЕО ПРВИ

ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ КАО ЉУДСКО ПРАВО У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ ЉУДСКИХ ПРАВА

1.1. ПОЈАМ И ИСТОРИЈАТ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

Претпоставка невиности означава максиму по којој се свако има сматрати невиним док се не докаже његова кривица - *quilibet praesumitur innocens, nisi probetur nocens*.

Претпоставка невиности има вишеструко значење. Она првенствено означава процесно право окривљеног, потом процесно начело кривичног поступка¹ и коначно људско право заштићено уставним и међународним гаранцијама. Међутим, претпоставка невиности има и шире значење. Она је уједно елемент права на правично суђење и неопходан предуслов владавине права.

Као темељна гаранција правичног суђења, претпоставка невиности, поред правне димензије има и етичку, политичку, логичку и историјску димензију које се рефлектују кроз појмове једнакости, легитимитета, истине, правде и владавине права. Правилно разумевање претпоставке невиности у савременом праву није могуће без свеобухватног сагледавања порекла и значаја овог процесног начела у ванправним димензијама.

¹ Тезу да је претпоставка невиности једно од основних начела кривичног поступка заступа професор Ешворт, видети више у: А. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, third edition, Oxford University Press, 1999, pg 85.

1.1.1. Корени претпоставке невиности

1.1.1.1. Једнакост као корен претпоставке невиности

Једнакост странака пред судом је основна етичка норма на којој почива процес суђења. Наиме, одлуке судова су легитимне само уколико су шансе за успех за обе стране у поступку једнаке.

Позиције окривљеног и јавног тужиоца у кривичном поступку нису једнаке. За разлику од окривљеног, јавни тужилац располаже државним ресурсима, ауторитетом и моћи. Може се рећи да је јавни тужилац, у односу на окривљеног, надмоћан. Односно, да постоји значајан дисбаланс у односима снага окривљеног и јавног тужиоца, а у корист јавног тужиоца.

Успостављање једнакости странака у кривичном поступку подразумева нивелисање иманентне надмоћи јавног тужиоца над окривљеним. Јер, принцип једнакости захтева да победа јавног тужиоца, уколико до ње дође, не произилази из његове надмоћи, него искључиво из снаге доказа које је прикупио. Нивелисање почетне неједнакости између јавног тужиоца и окривљеног врши се увођењем начела којим се „намерно преврће вага“² у корист окривљеног. То начело је претпоставка невиности.

Другачије речено, претпоставка невиности, у циљу постизања симетрије у односу снага између јавног тужиоца и окривљеног, уводи „принципијелну асиметрију“³ којом успоставља претпоставку да окривљени није крив. Ова претпоставка логички гледано води ка друга два процесна начела. Први, да је терет доказивања на јавном тужиоцу. Други, да је ризик недостизања стандарда доказивања – *in dubio pro reo*, такође на јавном тужиоцу.

² B. Hudson, *Justice and Security in the 21st century: Risks, Rights and the Rule of Law*, Routledge, New York, 2012, pg 207.

³ A. Ashworth, „Four threats to the presumption of innocence“, *The International Journal of Evidence and Proof*, (2006)10, 241-279, pg 248.

Можемо да закључимо да начела једнакости оружја, терета доказивања, стандарда доказивања, *in dubio pro reo* и претпоставке невиности представљају правну еманацију исте етичке норме, а то је једнакост странака пред судом.

1.1.1.2. Легитимитет као корен претпоставке невиности

Легитимитет права представља позив на успостављање моралних стандарда⁴ у правном систему. У кривичном процесном праву легитимитет се постиже успостављањем једнакости странака, али и „комплексном стратегијом моралног осигурања за спровођење законске казне“⁵. Потреба за моралним осигурањем исправности кривичног поступка и убеђивањем грађана у моралну исправност одлуке суда, осликава однос државе и грађана у савременом друштву.

Претпоставка невиности представља „витални део процедуре моралног уверавања ради оправдања санкционисања“⁶ кривичног процесног права. Она за циљ има јачање поверења јавности у правосудни систем, јер „морална снага кривичног права не сме да остави људе у сумњи да је невин човек осуђен“⁷.

Примарни разлог успостављања начела претпоставке невиности је да невина лица не буду осуђена, односно да се на најмању меру сведе ризик од осуде невиних лица. У неку руку, претпоставка невиности представља „одбрану од погрешне осуде“⁸, односно заштиту од ризика грешке суда. Ризик од могуће грешке суда водио је ка успостављању моралног начела британског права 18. века: „боље да 10 кривих избегне одговорност него да један невини пати“. Ово начело, познатије као „рацио 10:1“ има само симболички значај. У суштини, оно означава став да је морално прихватљивије да кривци буду пуштени на слободу,

⁴ P. Bal, „Discourse ethics and human rights in criminal procedure“, *Philosophy and social criticism*, Vol. 20 No.4, 1994, 71-99, pg 71.

⁵ R. L. Lippke, „The Prosecutor and the Presumption of Innocence“, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, Issue 2, 2013, 337–52, pg 338.

⁶ R. L. Lippke, *Taming the presumption of innocence*, Oxford University Press, 2016, pg 105

⁷ Пресуда Врховног суда Сједињених америчких држава у случају *In Re Winship*, no 397 US 358 (1970), цитирано према: A. Gray, *Presumption of Innocence in Peril, A Comparative Critical Perspective*, Lexington Books, London, 2017, pg 16.

⁸ L. Campbell, „Criminal labels, the European Convention on Human Rights and the presumption of innocence“, *Modern law review*, 76 (4), 2013, 681-707, pg 683.

него да невина лица буду осуђена, односно „рефлектује друштвену вредност да интерес невиног да буде ослобођен надмоћно надмашује интерес друштва за осудом окривљеног“⁹. Свака грешка суда којом би невино лице било осуђено недвосмислено би нанела штету легитимитету суда и закона. Стога, успостављено морално начело о томе да је мања грешка пустити кривог, него осудити невиног, суштински служи очувању легитимитета закона и суда.

Можемо закључити да претпоставка невиности не представља квантификацију очекивања да је окривљени више невин него што је крив. Претпоставка невиности не почива на логичком закључивању о степену вероватноће кривице или невиности. Напротив, претпоставка невиности је етичка категорија која говори да је више оправдано ослободити многе кривце, него осудити једног невиног.¹⁰

Захтев за легитимношћу у поступању судова подразумева, не само просту примену процесног начела претпоставке невиности, већ и одређене специфичности у понашању судија којима они треба да прихвате претпоставку невиности, не само као процесно начело, већ и лично морално уверење. Примена претпоставке невиности суштински зависи од начина разумевања овог начела од стране судија.¹¹

1.1.1.3. Истина и правда као корен претпоставке невиности

Истина у националним процесним законодавствима нема јединствен значај. Значај истине у кривичном поступку првенствено зависи од типа кривичнопроцесног система коме одређено национално законодавство припада. Два основна кривичнопроцесна система - континентално-европски и адверзијални

⁹ V. Hudson, *op.cit.* (2012), pg 207

¹⁰ W. T. Parry, E. A. Hacker, *Aristotelian Logic*, State University of New York, 1991, pg 478.

¹¹ Липке указује на шест могућих начина разумевања претпоставке невиности од стране судија. Први је претпоставка материјалне невиности; други – претпоставка невиности из неутралне перспективе; трећи – претпоставка о једнакој вероватноћи невиности и кривице; четврти – претпоставка о просечној вероватноћи кривице; пети – претпоставка да оптужница не говори ништа о фактичној кривици; шести – претпоставка о вероватној кривици. О наведеном видети више у: R. L. Lippke, *op.cit.* (2016), pg 84-88.

систем, придају различит значај истини.¹² Континентално-европски систем успоставља начело материјалне истине, а адверзијални систем фокус са истине, као највише вредности, премешта на правичност поступка, тј. фер поступак у коме се истина досеже у страначкој иницијативи и „оштром судару доказа“¹³

Без обзира на изнете разлике између кривичнопроцесних система, ипак, можемо рећи да сви кривичнопроцесни системи имају исти циљ, а то је утврђивање истине у погледу идентитета извршиоца кривичног дела. Без утврђивања истине о извршиоцу кривичног дела није могуће остваривање сврхе кривичног процесног права – да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција.

Претпоставка невиности представља важан део сложеног кривичнопроцесног механизма којим се терет доказивања успоставља на страни тужиоца и тиме се отежава поступак доказивања кривице, тј. „истине о кривици“ окривљеног. Отежавање поступка доказивања кривице, које уједно значи и ослобађање окривљеног од терета доказивања невиности, повећава шансе за постизање истине у кривичном поступку, а смањује шансе да ће проста чињеница надмоћи тужиоца над окривљеним бити основ за осуђујућу пресуду.

Веза претпоставке невиности са правдом произилази из везе претпоставке невиности са начелом једнакости и принципом легитимитета, с обзиром да је правда чинилац легитимности¹⁴

Наиме, чињеница да је једна страна у поступку – јавни тужилац супериорна у односу на другу – окривљеног, крњи слику суда као гаранта правде

¹² О различитом значају истине у великим позитивноправним кривичнопроцесним системима видети више у: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Досије, Београд, стр. 2014, 17. О „девалвацији“ начела истине у Законику о кривичном поступку *Законик о кривичном поступку* из 2011. године „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, видети више у: М. Шкулић, Г. Илић, *Како је пропала реформа шта да се ради?*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 28-33.

¹³ S. Landsman, *Readings on adversarial Justice: the American approach to adjudication*, West Publishing, St. Paul, 1988, pg 2.

¹⁴ К. Чавошки, *Увод у право I Основни појмови и државни облици*, Драганић, Београд, 1994, стр. 123.

у једном друштву. Претпоставка невиности, која отежава позицију јавног тужиоца и олакшава позицију окривљеног, успоставља нарушени баланс једнакости странака и тиме омогућава суду вођење правичног поступка, као и доношење одлуке у интересу правде. Без претпоставке невиности, судски поступак не би могао да има гаранције правичности. Уједно, свака судска одлука би имала иманентну ману, а то је погрешна полазна тачка – неједнакост странака у поступку. У правном систему који не познаје претпоставку невиности тешко је замислити ослобађајућу пресуду. Са друге стране, свака осуђујућа пресуда би била под сенком сумње да ли је произашла из снаге доказа или супериорне позиције јавног тужиоца.

1.1.1.4. Промовисање владавине права и спречавање арбитражности државе као корен претпоставке невиности

Нису ретки аутори који посматрају претпоставку невиности из угла спречавања арбитражности државе. Они полазе од тезе да корен претпоставке лежи у „идеји о ограничењима државне власти у слободном друштву“¹⁵, а да претпоставка невиности „пре као општа идеја против арбитражности државе, него као начело које успоставља специфичне стандарде“¹⁶ служи како би заштитила појединца од „арбитражне и претеране државне активности“¹⁷.

Теза о томе да претпоставка невиности штити од арбитражности државе полази од чињенице да кривични поступак носи броје ризике по основна људска права окривљеног, а посебно право на слободу. У судару са тврдњама јавног тужиоца иза ког стоје ресурси и снага државе, окривљени тешко може да докаже своју невиност. У том смислу, претпоставка невиности служи да ограничи деловање државе, тј. јавног тужиоца, односно да каналише његову моћ само на

¹⁵ Open Society Foundations, Report of Open Society Justice Initiative Criminal Justice program, *Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention*, New York, 2014, pg 97.

¹⁶ P.H.P.H.M.C. van Kempen and F.G.H. Kristen, „Alternatieven voor voorarrest vanuit Europees perspectief”, in A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis and J. Woretshofer (eds.), *Praktisch strafrecht* (Nijmegen, 2005), 319, цитирано према L. Stevens, „Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17 (2009) 165–180, pg 172.

¹⁷ L. Stevens, *op.cit.*, pg 168.

поступак доказивања кривице окривљеног. На тај начин, претпоставка невиности обезбеђује „леgitимно задирање државе у фундаментална права окривљеног“¹⁸ тако што искључује арбитрерност државе у поступању, а уједно обавезује тужиоца и друге учеснике у поступку на поштовање достојанства и приватног живота окривљеног.

Друга група аутора указује на везу претпоставке невиности са промовисањем вредности отвореног демократског друштва и владавине права. Они полазе од значаја процесних права у демократском друштву јер „људска права из сфере процесних права могу бити схваћена као кодификација принципа владавине права“¹⁹. У фокусу њиховог интересовања налази се питање ко и на који начин спроводи право на кажњавање у демократском друштву? Односно, да ли кривични поступак у демократском друштву подразумева одређене специфичности?

Ешворт поставља претпоставку невиности као централно начело кривичног поступка у демократском друштву. Он указује да однос према претпоставци невиности у једном друштву означава однос државе према грађанима,²⁰ јер „цео концепт претпоставке невиности лежи у томе да треба да функционише као брана од притисака аргумената јавног интереса“²¹.

Стјумер такође препознаје претпоставку невиности као окосницу модерне демократске државе. Он указује да модерна демократска држава има првенствену обавезу минимализације ризика од погрешне осуде и то чини уз помоћ претпоставке невиности, терета доказивања на тужиоцу и алоцирања ризика од неуспеха такође на терет тужиоца.²² Поред наведеног, Стјумер сматра да

¹⁸ M. F.H. Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation – Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States*, Springer, The Hague, 2012, pg 549.

¹⁹ G. Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press 2013, pg 56.

²⁰ A. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 249.

²¹ *Ibid.*, pg 270.

²² A. Stumer, *The Presumption of innocence, Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart Publishing, 2010, pg 30-36.

претпоставка невиности уједно промовише владавину права тако што уводи правила према којима је свака акција државе против појединца унапред ограничена и позната чиме се смањује могућност државе да пошаље погрешну поруку у погледу свог деловања²³

1.1.2. Појам претпоставке и појам невиности

Појам претпоставке невиности се састоји од два елемента – елемента претпоставке и елемента невиности.

Претпоставка невиности није фактичка, него је правна претпоставка.²⁴ Право обилује претпоставкама. Претпоставка се може дефинисати као „средство које се користи у циљу омогућавања узимања одређених поставки као доказа у предмету, иако аргумент који поткрепљује ту тврдњу није довољно јак да би могао задовољити потребни стандард доказивања“²⁵.

Поједини аутори указују да претпоставка невиности и није „права“ правна претпоставка. Тако, Кнежевић сматра да је претпоставка невиности пре нека врста „квазипрезумпције“,²⁶ а Липке да је „пре фикција него пресумпција“.²⁷ Илић указује да је претпоставка невиности „пропозиција чија се истинитост не доказује доношењем ослобађајуће пресуде...нити се оповргава доношењем осуђујуће пресуде“.²⁸ Дакле, претпоставка невиности није правна претпоставка, у конвенционалном смислу, која може да буде оповргнута. Тачно је да претпоставка невиности престаје да важи по доношењу правноснажне осуђујуће пресуде, али

²³ A. Stumer, *op.cit.*, 37-40.

²⁴ Т. Бугарски, „Претпоставка невиности (обим и дејство у кривичном поступку)“ у: С. Бејатовић (ур.) *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспект*, Златибор, 2017, 344-361, стр. 345.

²⁵ D. Walton, *Burden of proof, Presumption and Argumentation*, Cambridge University Press, 2014, pg 1.

²⁶ С. Кнежевић, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2007, стр. 76.

²⁷ R. L. Lippke, *op.cit.* (2016), pg 12.

²⁸ Г. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Шесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 67.

ова чињеница и даље не значи да се „оповргавањем“ ретроактивно анулира њено дејство.

Како наводи Трешел, појам претпоставке може да се разматра са психолошког и логичког нивоа. Психолошки гледано, претпоставка значи посебно стање ума, односно наредбу појединцу да мисли или осећа на одређени начин. Логички гледано, претпоставка је хипотеза, замишљена позиција која представља полазећу тачку за методичко испитивање. Са друге стране, елемент невиности заправо има значење „слободан од кривице“, при том мислећи искључиво на „слободу од кривице“ у односу на кривично дело које се окривљеном ставља на терет²⁹.

Трешел исправно констатује да је претпоставка невиности суштински *contadictio in adjecto*³⁰, из разлога што у односу на свако оптужено лице мора да постоји изванредан степен сумње да је то лице учинило кривично дело. Тај степен сумње не представља ништа друго до вероватноћу која води до логичког закључка - претпоставке да је управо то лице извршило конкретно кривично дело. Сумња, односно претпоставка да је неко лице учинило неко кривично дело, представља основ предузимања свих процесних радњи у односу на то лице. Стога, Трешел закључује да у кривичном поступку у односу на окривљеног, паралелно постоје две контрадикторне претпоставке. Прва да је то лице извршило кривично дело које му се ставља на терет, што је основ вођења поступка против њега, а друга је претпоставка невиности, односно претпоставка некривице окривљеног у односу на дело које му се ставља на терет.

Суштинска контрадикторност претпоставки, као логичких закључака, делује збуњујуће тако да, на први поглед, није могуће помирење две претпоставке. Међутим, управо на њима почива целокупан кривични поступак. Обе претпоставке заправо представљају хипотезе, односно „полазну тачку експеримента који почива на методолошком испитивању који води ка

²⁹ S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, pg 156.

³⁰ *Ibid.*, pg 154.

потврђивању или оповргавању хипотеза.“³¹ Слично закључује и Ђурђић. Он сматра да је претпоставка невиности радна хипотеза или антитеза оптужног акта.³²

Међутим, закључак да је претпоставка невиности само хипотеза представља ништа више до објашњење логичког начина расуђивања у процесу доношења одлука. Поред логичког расуђивања, судски поступак има и психолошку компоненту у којој претпоставка невиности има значајну улогу, јер позива на одређено стање ума које се захтева од судија и тужилаца. Логичка хипотеза о претпостављеној невиности, сама по себи, није довољна за пуно гарантовање овог људског права, она подразумева и захтев за одређеним понашањем у односу на окривљеног, поштовањем његовог достојанства, као и избегавање сваке врсте пристрасности, као емотивног стања, од стране суда.

Колико логичка и психолошка димензија претпоставке невиности може да буде збуњујућа говори и Вајгендова констатација да је претпоставка невиности супротна „искуству и интуицији“³³, односно да је „контраинтуитивна“³⁴ због чега њена примена, посебно гледано из угла лаика, делује извештачено и неприродно. Уистину, из професионалног угла судија и тужилаца претпоставка невиности значи управо то: сузбијање интуиције и искуства у циљу постизања непристрасности као основног предуслова претпоставке невиности.

1.1.3. Садржина претпоставке невиности

Претпоставка невиности је општеприхваћено кривично процесно начело. Управо због широке распрострањености могло би се закључити да су садржина претпоставке невиности и обим њене примене унапред одређени. На жалост, не

³¹ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 156.

³² В. Ђурђић, „Правна природа, садржина и поље важења претпоставке невиности“, у: *Европске интеграције: правда, слобода и безбедност*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2016, 44-68, стр. 48-51.

³³ T. Weigend, „Assuming that the Defendant is not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice“, *Criminal Law and Philosophy*, no. 2, 2014, 285-299, pg 287.

³⁴ R. L. Lippke, *op.cit.* (2016), pg 92.

би се могло рећи да постоји општи консензус, како у теорији, тако и у пракси националних и међународних судова шта све спада под претпоставку невиности и који је обим њене примене. Могло би се пре рећи да претпоставка невиности „нема ни стварносни садржај ни истиносну вредност“³⁵

Претпоставка невиности представља правну, а не фактичку претпоставку. Међутим, потребно је указати да и појам кривице може да има своју фактичку и правну перспективу³⁶. Фактичка кривица означава кривицу лица у чијим радњама су остварена сва обележја бића кривичног дела – објективна и субјективна. Са друге стране, правна кривица означава кривицу утврђену од стране суда по захтеваном стандарду доказивања (материјалне истине или ван разумне сумње) да су у радњама остварена сва обележја бића кривичног дела – објективна и субјективна.

Претпоставка невиности зависи од тога на који начин разумемо појам невиности, односно кривице – из фактичне или правне перспективе. Стога је потребно да раздвојимо *правну* или *пробаторну* претпоставку невиности, од *фактичке* или *материјалне* претпоставке невиности. Поделу на пробаторну и материјалну претпоставку невиности посебно је образлагао Лаудан³⁷, а његову теорију су прихватили и други аутори³⁸. Пробаторна претпоставка невиности суштински означава претпоставку да не постоје докази кривице окривљеног, односно да они који постоје не задовољавају стандард доказивања. Материјална претпоставка невиности, са друге стране, означава уверење да окривљени није крив, односно да у његовим радњама (уколико их је било) нису остварена законска обележја кривичног дела – објективна и субјективна.

³⁵ Г. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *op.cit.*, стр. 67

³⁶ P. Ferguson, “The PoI and its role in the criminal process”, *Criminal Law Forum* 27(2), 2016, 131-158, pg 137.

³⁷ L. Laudan, „The Presumption of Innocence: Material or Probatory?“, *Legal Theory* 11 (2005), 333-361.

³⁸ R. L. Lippke, *op.cit.* (2016), pg 132.; A. Gray, *op.cit.* (2017), pg 17.;; K. K. Ferzan, “Preventive Justice and the Presumption of Innocence”, *Criminal Law and Philosophy*, Criminal Law and Philosophy Volume 8, Issue 2, 2013, 505-525, pg 512.

Бугарски се опредељује за пробаторну претпоставку невиности и указује да нас „претпоставка невиности не спречава да верујемо да је неко фактички крив, већ захтева од државе и њених органа да донесу пресуду, а да при томе све време трајања поступка, третирају лице као невино“³⁹

На питање садржине претпоставке невиности утиче и питање опсега примене претпоставке - да ли се претпоставка невиности примењује само у судским поступцима или и ван опсега правосудних процеса. Садржина претпоставке невиности у судским поступцима, тј. у ужем смислу, прилично је јасна. Она обухвата неколико процесних начела – терет доказивања, стандард доказивања, *in dubio pro reo*, привилегију против самоинкриминације, право окривљеног да се брани ћутањем. Поред наведеног, претпоставка невиности пред судом обухвата и одређене обавезе судија и поротника у погледу њиховог понашања и односа према окривљеном⁴⁰. Можемо се запитати да ли се садржина претпоставке невиности на овоме зауставља или она постоји и у ширем опсегу ван судског поступка, чак и у односу на она лица која нису ни на који начин повезани са кривичним поступком, на пример новинаре. У теорији постоји подела аутора на заступнике ужег концепта претпоставке невиности⁴¹ и заступнике ширег концепта претпоставке невиности⁴². Имајући у виду праксу ЕСЈП у погледу обавеза новинара да штите претпоставку невиности, о чему ће више речи бити касније, можемо закључити да се клатно праксе, у погледу претпоставке невиности са становишта заштите људских права, помера у корист ширег разумевања претпоставке невиности.

Начин разумевања садржине претпоставке невиности је одређен начином разумевања њене правне природе. Нису ретке дилеме у погледу правне природе

³⁹ Т. Бугарски, *op.cit.*, стр. 347

⁴⁰ Према Праделу претпоставка невиности се огледа и у „ограниченој примени задржавања и притвора, присуству браниоца од почетка поступка, правилу да окривљеном припада последња реч на главном претресу, постојању правних лекова“, видети више у: Jean Pradel, *Droit penal compare*, 2 edition, Paris, 2002, 433.

⁴¹ L. Laudan, *op.cit.*, pg 337; A. Stumer, *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart Publishing, Oregon, 2010.

⁴² P. Ferguson, *op.cit.*, pg 140; A. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 243.

ове претпоставке – да ли је претпоставка невиности субјективно или процесно право, односно да ли је људско право или процесно право⁴³. Опредељење за било који одговор нужно води ка тумачењу садржине претпоставке невиности из перспективе и начела субјективних, процесних или људских права. Међутим, предметна дилема чини се илузорном. Наиме, претпоставка невиности има све три описане правне природе и правилна примена претпоставке невиности подразумева јединствену примену принципа субјективних права, процесних права и људских права.

Коначно, важно је напоменути да садржина претпоставке невиности зависи и од временског опсега њене примене. Неспорно је да се претпоставка невиности у пуном обиму примењује на прошле догађаје. Међутим, претпоставка невиности, као људско право, не примењује се само у уском процесном смислу суђења за прошле догађаје, већ и *pro futuro*. Она подразумева претпоставку да је одређено лице невино и у односу на будуће догађаје⁴⁴. Неспорно је да деловање претпоставке невиности *pro futuro* има ограничено дејство које се огледа углавном у поштовању приватног живота и достојанства личности.

1.1.4. Историјат претпоставке невиности

Постоји утисак у широј јавности да је претпоставка невиности резултат настанка међународног права људских права, али то није потпуно тачно. Иако је са настанком међународног права људских права претпоставка невиности добила на значају, самим тим што је подигнута на ниво људског права и тако постала обавезујуће за државе да је уврсте у своје правне системе, претпоставка невиности је настала много раније.

Први рудиментарни облици претпоставке невиности појавили су се у виду формирања процесног начела терета доказивања и стандарда доказивања. Хамурабијев законик (1792.-1750. пне) предвиђа да је терет доказивања на

⁴³ R. L. Lippke, *op.cit.*(2016), pg 132.; A. Gray, *op.cit.* (2017), pg 57,130.

⁴⁴ RA Duff, “Pre-Trial Detention and the Presumption of Innocence”, in: A. Ashworth, L. Zedner and P. Tomlin (eds) *Prevention and the limits of the Criminal law*, Oxford, 2013, pg 122.

тужиоцу⁴⁵. Како Хамурабијев законик није познавао функцију јавног тужилаштва, свакако, одредба се тичала приватног тужиоца. Уколико тужилац не успе да докаже кривицу окривљеног, он би за то морао да одговара, односно сноси санкцију. У античкој Грчкој, размишљајући о односу злочина и санкције са становишта морала, Демостен (352.пне) је закључио је да нико не може претрпети санкцију док није утврђена његова кривица и док за њу није осуђен.⁴⁶

Јустинијанов кодекс (529.-534.) такође познаје елементе претпоставке невиности у конструкцији стандарда доказивања „сви тужиоци треба да знају да оптужница не важи уколико не може бити доказана од стране сведока или кључних докумената или посредним доказима који представљају необорив доказ јаснији од дана“.⁴⁷

Претпоставка невиности се први пут помиње у старом Риму. Законик императора Хоноријуса и Теодосија (423. година) предвиђа да се не сме претпоставити кривица оптуженог за кривично дело како би се заштитила његова претпостављена невиност.⁴⁸

Савремени израз претпоставке невиности који се често изражава синтагмом „невин док се не докаже супротно“ дугујемо канонском теологу Јоханес Моначус са краја 13. века који је, коментаришући декрет папе Бонфација VIII, сковао максимуму „*quilibet praesumitur innocens, nisi probetur nocens*“⁴⁹. Ипак, у средњем веку у пракси није било много места за претпоставку невиности. Суђења која су подразумевала доказивање на основу божје воље, а не индивидуалне одговорности, нису познавала претпоставку невиности, већ управо супротно -

⁴⁵ Видети више у: A. W. Burgess, C. Regehr, A. R. Roberts, *Victimology, Theories and Applications*, Jones and Bartlett Publishers, Massachusetts, 2013, pg 103.; A. Gray, *op.cit.* (2017), pg 1.; A. Stumer, *op.cit.*, pg 1.

⁴⁶ Видети више у: F. Quintard-Morenas, “The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions”, *The American Journal of Comparative Law*, 2010, volume 58, 107-150, pg 112.

⁴⁷ Јустинијанов кодекс, Пета књига, наслов 19, одредба 25, преузето из A. Stumer, *op.cit.*, pg 1.

⁴⁸ Видети више у: A. Gray, *op.cit.* (2017), pg 2.

⁴⁹ О настанку максиме и раду Јоханес Моначус видети више у: F. Quintard-Morenas, *op.cit.*, pg 114.

претпоставку кривице. Оваква суђења подразумевала су специфичне методе доказивања – двобој тужиоца и туженог, бацање у воду или ватру, а исход поступка доказивања би се сматрао бојжом вољом.⁵⁰

Ипак, формирањем централизованог система кривичног гођења у Енглеској у виду тужиоца, а потом и формирањем пороте која је одлуку о кривици или невиности почела да схвата својом одлуком за коју има одговорност пред Богом, сходно хришћанској максими „не судите да вам не би било суђено“, а не више бојжом вољом, полако се почела враћати идеја претпоставке невиности. Уједно, богобојажљиви поротници су у стању сумње рађе веровали да треба да се уздрже од доношења одлуке, услед чега су настала и друга правила поступка – стандард доказивања изван разумне сумње и *in dubio pro reo*.

Тако, у 17ом веку у филозофији и донекле популарној култури почиње да се ревитализује идеја претпоставке невиности, тако да је чак и Доњи дом Британског парламента подсетио судије на „прастаро правило“ претпоставке невиности.⁵¹ Суштински, дошло је до помака од ирационалног ка рационалном начину доказивања, чији најбољи израз је максима *изван разумне сумње* која постаје саставни део британског кривичног права од 18ог века.

У британској традицији претпоставка невиности се обично веже за максиму „боље да 10 кривих избегне одговорност него да један невини пати“⁵² изречену од стране енглеског правника 18 века Вилијама Блекстона. Иако се ова суштински квантитативна максима може боље разумети са становишта тежње државе да у што већој мери постигне морални легитимитет поступака које води, она је скоро потпуно непримењива када се претпоставка невиности посматра као људско право. Уколико је претпоставка невиности људско право, тада је она неotuђива и нема никакве везе са квантитативним рациом. Односно, боље речено,

⁵⁰ Видети више у: T. Dean, *Crime in Medieval Europe 1200-1550*, Routledge, London and New York, 2001, pg 5.

⁵¹ Видети више у: A. Gray, *op.cit.* (2017), pg 6.

⁵² О критици квантитативног приступа рацију 10:1 видети више у A. Volokh, *N Guilty Men*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.146, 1997, 173-216.

чак и када постоји ризик да би 1000 кривих избегло казну, то и даље не би било оправдање да један невин буде осуђен. Иако се ради о превазиђеној максими, која је значајно критикована, она се и данас употребљава као симбол претпоставке невиности у јавном дискурсу и медијима.⁵³

На подручју континенталног права, у 18ом веку такође долази до ревитализације претпоставке невиности. Након Француске буржоаске револуције, 1789. године, донета је Декларација о правима човека и грађанина⁵⁴ која је у члану 9. прописала претпоставку невиности на начин како се она данас прописује у међународним документима о људским правима - *свако се сматра невиним док се не докаже његова кривица*.

Са становишта англосаксонске правне традиције, значајно је напоменути да се претпоставка невиности не помиње ни у једном од следећих докумената: Magna Carta, English Bill of Rights of 1689, Декларацији независности, ни у Уставу САД,⁵⁵ иако је она неспорно прихваћена и богато разрађена у судским одлукама⁵⁶.

У англосаксонској правној традицији претпоставке невиности, свакако најзначајније место заузима одлука Дома Лордова у *Woolmington v DPP* случају из 1935. године у којој је садржана синтагма да је претпоставка невиности „златна нит“ енглеског кривичног права, која синтагма је и данас у широкој употреби у англосаксонском праву⁵⁷. У овом случају окривљеном Рециналду Вулмингону стављено је на терет убиство супруге Вајлет од које је био растављен. Окривљени је признао да је отишао до супруге која се налазила у кући своје мајке, како би је

⁵³ О прихваћености максиме која се карактерише као клише, видети више у тексту Washington Examiner: *Updating the cliché that it's better to let '10 guilty men go free'* by Ashe Schow, 16 July 2015, <https://www.washingtonexaminer.com/updated-the-cliche-that-its-better-to-let-10-guilty-men-go-free>

⁵⁴ Декларација о правима човека и грађанина усвојена је 28. августа 1789. године.

⁵⁵ Видети више у: К. Pennington, „Innocent until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim“, *Jurist: stud. Church L. & Ministry* 106 (2003), 106-124, pg 107.

⁵⁶ Претпоставка невиности у праксу судова у САД уведена је пресудом Врховног суда у случају *Coffin v US* из 1895. О томе више у: D. Schultz, *Encyclopedia of the United States Constitution*, Facts on File, New York, 2009, 572, као и К. Pennington, *op.cit.*, pg 108.

⁵⁷ О значају случаја *Woolmington* видети више у: А. Duff, “Who Must Presume Whom to Be Innocent of What?”, *Netherland Journal of Legal Philosophy* 2013 (42) 3, 170-192, pg 170.

замолио да му се врати, истовремено носећи скривен пиштољ. Како је супруга одбила да му се врати, он је пиштољ уперо у себе запретећи да ће се убити. У комешању око пиштоља, пиштољ је опалио у Вајлетино срце, од чега је она страдала. Првостепени суд није утврдио све релевантне чињенице и окривљеног је огласио кривим само на основу чињенице да је окривљени носио пиштољ и да је пиштољ опалио. Дом Лордова је пресуду оборио налазећи да је порота била погрешно вођена од стране судије који је их је навео на претпоставку кривице. Дом Лордова је подсетио на претпоставку невиности као „златну нит“ енглеског кривичног права, која, између осталог значи да је целокупан терет доказивања на тужиоцу и да не може бити пребачен на окривљеног.

1.2. ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ КАО ПРАВО МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА

1.2.1. Настанак и развој права на правично суђење као људског права

Претпоставка невиности је саставни део права на правично суђење. Иако у националним кривичнопроцесним системима претпоставка невиности може да се разматра одвојено од других правила правичног суђења, на пољу међународног права људских права, претпоставка невиности је настала и развијала се као један од елемената овог фундаменталног људског права.

Правичност не представља само епитет неког судског, односно кривичног поступка, већ представља захтев иманентан сваком судском поступку. Јер, ако судски поступак није правичан, односно не тежи да буде правичан, оправдано се може поставити питање - чему онда такав поступак служи? Поступак који иманентно не садржи захтев за правичношћу, већ насупрот томе, изражава незаинтересованост по том питању, суштински није ништа друго, него супротност самом себи, јер би се у таквом поступку исход увек знао унапред, он би био на страни јачег у поступку.

Идеја правичног суђења – *fair trial* је централна у доктрини људских права, не само као право по себи, већ зато што су у недостатку овог права сва друга

права угрожена. Без права на правично суђење, држава, као увек јача у поступку, не би могла бити спречена да ту позицију злоупотреби.⁵⁸ Правичност поступка не захтева савршенство у сваком детаљу, већ позитиван одговор на суштинско питање: да ли окривљени има праведну шансу у оптужбама против њега⁵⁹.

Међународни стандард *fair trial* који се код нас преводи као правично суђење, суштински представља захтев за праведношћу и једнакошћу ⁶⁰ - вредностима које леже у корену људских права. Термин „фер“ потиче из *common law* система и суштински нема адекватан еквивалент у другим језицима. Преводи се на различите начине, а неке државе су преведећи документе буквално преузеле термин „фер“ не покушавајући да га преводу, јер у преводу се губи смисао термина. „Оно што се сматра фер активношћу је често повезано са спортским активностима, побуђујући вредности као што је поштовање опонента и правила игре, част, самосавлађивање и спремност за борбу до победе, али не и победу по сваку цену“⁶¹

После Другог светског рата, развојем људских права, значајно се интензивира промовисање права на правично суђење – *fair trial*, као међународног права људских права, у следећим документима:

- Универзалној декларацији о правима човека,
- Међународном пакту о грађанским и политичким правима,
- Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода
- Афричкој конвенцији о људским и грађанским правима,
- Америчкој конвенцији о људским правима,

⁵⁸ D. Robertson, *A Dictionary of Human Rights*, 2nd edition, Europa publications, London, 2004, pg 80.

⁵⁹ Separate Opinion of judge Shahabuddeen appended to appeals Chamber decision dated 30 September 2003 on admissibility of evidence-in-chief in the form written statements in case *The Prosecutor v Slobodan Milosevic*, ICTY, Case: IT-02-54-AR73.4, 31 October 2003, para 16.

⁶⁰ P. Robinson, „The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY”, *Berkeley J.INT'L. Publicist*, 2009, Volume 3, 1-11, 5. Есеј је базиран на говору који је судија, као председник Трибунала за бившу Југославију, дао на колоквијуму међународне правде у Риму 16.10.2009. године.

⁶¹ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 82.

- све четири Женевске конвенције,
- оба протокола на Женевске конвенције,
- Конвенцији о правима детета,
- Међународној конвенцији о елиминацији свих облика расне дискриминације,
- Статут трибунала за бившу Југославију,
- Статут трибунала за Руанду,
- Статут суда за Сијера Леоне, Камбоџа, Лебанон,
- Статут Сталног међународног кривичног суда и др.

Теоријски је општеприхваћено да право на правично суђење, као људско право, у кривичном поступку подразумева следећа права: 1. претпоставка невиности, 2. право на забрану самооптуживања, 3. право да буде информисан о оптужници, 4. право на адекватну одбрану, 5. право на жалбу, 6. *ne bis in idem*, 7. Начело „нема казне без закона“, 8. заштита малолетника⁶². Међународни документи из области људских права обухватају сва наведена права.

Развој међународног права људских права после Другог светског рата допринео је настанку свести о томе да процесна права нису само права појединаца у поступку, већ да представљају предуслов за уживање свих других људских права⁶³ и стога морају да задовоље критеријуме правичности. Друга последица развоја људских права је чињеница да је питање правичности поступка постало тема интересовања међународне заједнице. Бројне међународне конвенције, које су регулисале питање права на правично суђење, имале су за последицу ограничавање држава на пољу начина регулисања процесних права. Питање правне регулације судских поступка, иако и даље у пуној сфери државног суверенитета, у добром делу је ограничено и усмерено међународним документима. Можемо да се сложимо са констатацијом да је управљање правдом

⁶² D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press 2014, 278-284.

⁶³ *Ibid.*, pg 284.

у савременом друштву „условљено глобалним и регионалним уговорима и ауторитативним интерпретацијама“⁶⁴

Кривично правни модел правичног суђења - *fair trial* почива на два елемента: прво - јавноправном елементу који подразумева потребу сузбијања криминалитета и захтева ефективност и брзину и друго - субјективноправном елементу који подразумева права индивидуе. Ова два елемента су често супротстављена један другом. Баланс између њих представља суштину доброг кривичноправног модела. За разлику од националног кривичног права, међународна права људских права су ближа правима индивидуе него интересима државе. Стога, право на правично суђење, као људско право, иако у суштини представља право индивидуе у погледу његовог третирања пред судом, има и шири значај који превазилази права појединца, а то је да представља суштинску гаранцију концепта владавине права.

1.2.2. Право на правично суђење као обичајно право

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским и социјалним правима, заједно са Универзалном декларацијом о правима човека формирају срж међународног права људских права или *International Bill of Rights*. Докази праксе држава и њихов однос према правима побројаним у овим документима су неопходни како би наведена права постала део међународног обичајног права.

Члан 38. Статута Међународног суда правде⁶⁵ у ставу 1. наводи изворе права које примењује у одлучивању. Извори права за Међународни суд правде прихваћени су као извори међународног јавног права.⁶⁶ Као један од извора права, под тачком б наведен је међународни обичај који се дефинише као доказ опште

⁶⁴ A. Stumer, *op.cit.*, introduction xxxvii

⁶⁵ Statute of The International Court of Justice доступан на http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf

⁶⁶ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, seventh edition, Oxford University Press, 2008, pg 5.; М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 85-86.

праксе прихваћене као право. Није довољно само постојање праксе да би се неко поступање/непоступање карактерисало као обичај. Међународни обичај је више од навике или простог деловања, обичај мора да буде схваћен као обавеза од оних који га следе.⁶⁷ Дакле, да бисмо одговорили на питање о томе да ли је право на правично суђење – *fair trial* обичајно право, потребно је да претходно утврдимо да ли је правично суђење општа пракса прихваћена као право.

Три аргумената иду у прилог тези да је право на правично суђење међународни обичај. Први аргумент тиче се чињенице да бројни аутори сматрају да је право на правично суђење, па самим тим и претпоставка невиности, као саставни део тог права, део међународног обичајног права⁶⁸.

Други аргумент долази из документа међународног хуманитарног права. Да је право на правично суђење међународно обичајно право потврђује Правило 100 Међународног црвеног крста које се односи на обичајна правила правичног поступка.⁶⁹ У преамбули Правила се наводи да пракса држава успоставља норму међународног права о праву на правично суђење које право се примењује, како на националне, тако и на ненационалне конфликте. Такође се закључује да, како међународно хуманитарно право, тако и међународно право људских права, признају процесне гаранције окривљених у правичним суђењима.

Трећи аргумент докази из судске праксе, пресуде Међународног кривичног трибунала за Руанду у случају *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*.⁷⁰ Трибунал у пресуди изричито наводи да је „принцип правичног суђења део међународног обичајног права“.

⁶⁷ A. Clapham, *Brierly's Law of Nations*, Oxford University Press, 2012, pg 57.

⁶⁸ J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 3rd edn, Juta&Co, Lansdowne South Africa 2005, pg 241., као и Judge P. Robinson, *op.cit.*, pg 5.

⁶⁹ Rule 100 ICRC – Fair Trial guarantees customary IHL
Према овом правилу, право на правично суђење подразумева: независан и непристрасан суд; претпоставку невиности; обавезу информисања о природи и узроку оптужбе; право на одбрану и обезбеђење одбране; право на суђење без непотребног одлагања; право на испитивање сведока; право на тумача; право окривљеног да буде присутан суђењу; забрана принуде над окривљеним да сведочи против себе и да се самооптужује; јавност суђења; право на жалбу; *ne bis in idem*

⁷⁰ *Prosecutor v Kayishema and Ruzindana*, ICTR, No.95-1-A, Judgment, 1 June 2001, para 51

1.2.3. Право на правично суђење и претпоставка невиности као *jus cogens*

Уколико пођемо од претпоставке да је правично суђење део међународног обичајног права, нужно се намеће питање да ли право на правично суђење има карактер императивне норме међународног права – *jus cogens*?⁷¹ Појам *jus cogens* односи се на одређене фундаменталне, превладавајуће принципе међународног права у односу на које није дозвољено одступање.⁷² Одређивање норме *jus cogens* је увек било контраверзно питање, јер међународно јавно право нема јасноћу карактеристичну за национална права у излиставању редоследа норми, сходно уставним принципима⁷³ и док међународна заједница универзално прихвата постојање ових норми, по питању њиховог садржаја консензус није тако јасан,⁷⁴ односно постоји аура мистерије око тога како перемпторна норма настаје.⁷⁵

Члан 4.ст.1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима⁷⁶ прописује дерогацију од обавеза у случају изванредне јавне опасности *public emergency*. Став 2. истог члана прописује да су од дерогације изузети чланови 6,7,8,11,15,16 и 18.⁷⁷ Од дерогације није изузет члан 14. који се односи на правично суђење, а између осталог, и на претпоставку невиности. Ова чињеница представља јасан знак да право на правично суђење, у време настанка МПГПГ, није представљало *jus cogens*, јер је одступање од права допуштено.

⁷¹ Императивна норма општег међународног права *jus cogens* дефинисана је чланом 53 *Бечке конвенције о уговорном праву* као „норма коју је прихватила и признала целокупна међународна заједница држава као норму од које никакво одступање није допуштено и која се може изменити новом нормом општег међународног права истог карактера“. Конвенција такође прописује: „Ништаван је сваки уговор који је у тренутку свог закључења у сукобу са императивном нормом општег међународног права.“

⁷² I. Brownlie, *Principles of Public International Law* 5th ed., Oxford, 1998, pg 516.

⁷³ M. N. Shaw, *International Law*, Sixth edition, Cambridge University Press, 2008, pg 123.

⁷⁴ I. Brownlie, *op.cit.* (1998), pg 517.

⁷⁵ A. Bianchi, „Human Rights and the Magic of Jus Cogens“, *The European Journal of International Law*, Vol. 19 no. 3, 2008, 491-508, pg 493.

⁷⁶ У даљем тексту: МПГПГ

⁷⁷ Наведени чланови се односе на: право на живот; забрану тортуре; забрану ропства; забрану затвора због непоштовања уговорне обавезе; начело *nullum crimen, nula poena sine lege*; право на правни субјективитет и право на слободу мишљења, савести и вероисповести.

Уопштено, можемо да закључимо да процесна права, као људска права, немају значај *jus cogens*, али свакако фундаментални значај ових права говори много о квалитету правног система у ком се она поштују или не поштују.⁷⁸ Међутим, управо фундаментални значај процесних права даје на значају аргументима у прилог тврдњи да је у међувремену наступио консензус по питању да од права на правично суђење није дозвољено одступање.

Најважнији аргумент у прилог овој тврдњи је у Опште мишљење број 29⁷⁹ Комитета за људска права. У тачки 11. мишљења изричито је наведено да еnumerација недерогативних одредби из члана 4. МПГПГ служи за идентификацију перемпторних норми, али да члан 4. није затворен и да он не затвара могућност за даљу идентификацију перемпторних норми. Даље закључује да се категорија перемпторних норми шири изван листе недерогативних одредби из члана 4.2. и да државама није дозвољено, под било којим условима, да се позивају на члан 4. како би оправдале кршење хуманитарног права или перемпторних норми међународног права, као што је узимање талаца, излагање колективним казнама, арбитрерна лишења слободе, непоштовање фундаменталних принципа правичног суђења, укључујући и претпоставку невиности. У тачки 16. мишљења је закључено да су неки елементи права на правично суђење експлицитно гарантовани међународним хуманитарним правом у току оружаних конфликта, те Комитет не налази више разлога за оправдање дерогације тих права током других стања (emergency situations).

Комитет је мишљења да принцип легалитета и владавине права захтевају фундаменталне принципе правичног поступка – да само суд може да суди, да се поштује претпоставка невиности, да се о притвору одлучује на основу закона и

⁷⁸ G. Lautenbach, *op.cit.*, pg 57.

⁷⁹ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No.29: Article 4 *Derogations during a State of Emergency*, 31 August 2001., CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001

без одлагања⁸⁰. Ова права не могу бити поништена одлуком државе, иако нису изричито наведена у члану 4.2.

У Општем мишљењу 32⁸¹ Комитет за људска права у тачки 6. подсећа да члан 14. МПГПП који се односи на правично суђење није укључен у листу недерогативних одредби, али подсећа да се правом на правично суђење штите и она права која неспорно представљају перемпторне норме. Стога је Комитет мишљења да гаранције правичног суђења не смеју бити субјект дерогације, јер би то могло да представља ризик за све перемпторне норме које се правичним суђењем штите. Тако, на пример, уколико би било дозвољено одступање од права на правично суђење, то би отворило могућност злоупотребе, јер би се тиме посредно дерогирало право на живот, у односу на које дерогирање није дозвољено. Стога, Комисија закључује да је одступање од принципа правичног суђења, укључујући и претпоставку невиности, забрањено у свако време.

Слично резонује и Интерамерички суд у свом саветодавном мишљењу из 1987. године⁸² у ком се изјашњавао на постављено питање да ли државе током ванредне ситуације могу да дерогирају право на испитивање законитости хапшења. Суд је закључио да се наведено право не налази на листи апсолутно заштићених права, али је истовремено закључио да ово право мора бити тумачено као апсолутно заштићено, јер оно представља заштиту права на живот и физички интегритет. Овакав став је накнадно потврђен у другом мишљењу истог суда⁸³ у ком је закључено да већина процесноправних претпоставки мора бити поштовања у стању опасности.

⁸⁰ Ова листа недерогативних одредби базирана је на мишљењу Комитета за људска права у односу на Израел из 1998. године под називом: CONSIDERATION OF REPORTS SUBMITTED BY STATES PARTIES UNDER ARTICLE 40 OF THE COVENANT (CCPR/C/79/Add.93)

⁸¹ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR, General Comment No.32, Article 14: *Right to equality before courts and tribunals to a fair trial*, CCPR/C/CG/32, 23 August 2007

⁸² Inter American Court, Advisory Opinion OC-8/87, „Habeas Corpus in Emergency Situations“, преузето из М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 67.

⁸³ Inter American Court, Advisory Opinion OC-9/87, para 29, преузето из М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *op.cit.*, стр. 67.

Судија Међународног суда правде Патрик Робинсон на интересантан начин је објаснио из ког разлога је право на правично суђење *jus cogens*. Он наводи да је тешко закључити да право на правично суђење нема статус перемпторне норме из једног логичног разлога, а то је да „уколико би међународни уговор којим се оснива међународни трибунал успоставио претпоставку кривице и став да је правичност нерелевантна и небитна – да ли би онда неко морао да закључи да није у складу са перемпторном нормом?“⁸⁴

Међународни кривични трибунал за бившу Југославију потврђује став да је право на правично суђење *jus cogens*, тако што у пресуди апелационо веће констатује да члан 14 МПГПП представља „императивну норму међународног права које се Трибунал мора придржавати“.⁸⁵

Сиракуза принципи о ограничењу и дерогацији одредаба Међународног пакта о грађанским и политичким правима⁸⁶ прописују да, у немеђународним оружаним сукобима, државама чланицама Женевске конвенције о заштити жртава рата и Додатног Протокола II није дозвољено ни под којим условима одступање од претпоставке невиности у кривичним поступцима.

Став о немогућности одступања од претпоставке невиности заступа и *Amnesty International* наводећи да је претпоставка невиности једно од фундаменталних права из права на правично суђење, да је недерогабилно и да мора бити поштовано у сваком тренутку⁸⁷

⁸⁴ P. Robinson, *op.cit.*, pg. 7.

⁸⁵ *Prosecutor v. Tadić*, ICTY, Case No. IT-94-1-A-AR77, Appeal Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, 27 February 2001, 3.

⁸⁶ United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985), paras 67, 70.

⁸⁷ Amnesty International, Response to the European Commission Green Paper on The Presumption of Innocence, COM(2006) 174 final, June 2006, 6, доступно на https://josemariasison.org/legalcases/related/AI_presumption_of_innocence_jun06.pdf

1.2.4. Позиционирање претпоставке невиности у међународном праву људских права

За правилно и потпуно разумевање претпоставке невиности неопходно је утврдити позицију претпоставке невиности у структури поделе људских права.

Међутим, претпоставка невиности није само људско право, она је и начело кривичног поступка широко заступљено у националним кривичнопроцесним системима. Стога, претпоставка невиности, као кривичнопроцесно начело, постоји независно од међународног права људских права. Ова чињеница свакако не значи да је могуће кривичнопроцесно начело претпоставке невиности у потпуности раздвојити од људских права, јер је садржина овог начела умногоме одређена управо разумевањем претпоставке невиности као људског права.

Претпоставка невиности представља уједно и објективно и субјективно право. Она постоји као процесно начело кривичног поступка, односно као правило по коме су дужни да се владају учесници у поступку. У том смислу претпоставка невиности је објективно право. Са друге стране, сваки окривљени има право да се поштује његова претпоставка невиности и то право припада њему као појединцу. У том смислу, претпоставка невиности је субјективно право. Такође, претпоставка невиности представља апсолутно право, јер припада свима, али и индивидуално право које припада само појединцу, а не и колективитету.

Претпоставка невиности спада у прву генерацију људских права - грађанска и политичка права. Прецизније речено, претпоставка невиности, као и право на правично суђење у целости, спадају у грађанска права. Уједно, претпоставка невиности је утуживо право, јер се повреда овог права може утуживати. Утужење за повреду претпоставке невиности могуће је на националном нивоу, а могуће је покретати и механизме заштите овог права на међународном нивоу.

Претпоставка невиности има снажну конотацију негативне обавезе, тј. пре свих обавезе суда, да се суздржи од било ког поступка који би могао да баци сенку сумње да је кривица окривљеног унапред претпостављена. Поред суда, овој обавези подлежу јавно тужилаштво, полиција, јавни званичници, али и медији.

Међутим, негативна обавеза, сама по себи, није довољна за пуну примену претпоставке невиности. Стога је неретко потребно успостављање позитивних обавеза државе на плану заштите претпоставке невиности, о чему ће касније бити више речи.

Претпоставка невиности је од постанка међународног права људских права њен саставни део. Као људско право, претпоставка невиности је прописана у следећим документима⁸⁸:

- глобалним инструментима за заштиту људских права – Универзална декларација о правима човека и Међународни пакт о грађанским и политичким правима
- регионалним инструментима за заштиту људских права – Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Афричка повеља о људским правима, Америчка декларација о правима и дужностима човека и др.
- конвенцијама које се односе на права специфичних, односно рањивих група – Конвенција о правима детета, Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица и др.
- у документима који успостављају основне принципе правилног суђења – УН Основни принципи независности правосуђа⁸⁹
- у статутима међународних кривичних трибунала и суда
- у инструментима који се односе на специфичне ситуације, као што је случај рата или тероризма – нпр. Женевске конвенције и смернице за људска права и борбу против тероризма⁹⁰

⁸⁸ E. van Sliedregt, “A contemporary reflection on the presumption of innocence”, *Revue internationale de droit pénal*, 2009/1-2 (Vol. 80), 2009, 247-267.

⁸⁹ *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, Документ је усвојен од стране Седмог конгреса Уједињених нација о превенцији криминала и поступања према осуђенима одржаног у Милану 1985., године, а усвојен је од стране Генералне скупштине Резолуцијом 40/32 од 29. новембра 1985. године.

1.2.5. Индивидуа и начини заштите права на правично суђење у међународном јавном праву

Питање положаја индивидуе у међународном праву захтева одговор на претходно питање – шта се сматра индивидуом? Индивидуе представљају појединце или групе појединаца које, под извесним околностима могу да наступају заједнички. Питање положаја индивидуе је нешто сложеније и у теорији плута од искључивог субјекта међународног права, преко субјекта, пасивног субјекта, субјекта у фази настајања, рефлексног субјекта, па све до објекта међународног права.⁹¹ Теоретичари међународног права људских права су склонили да индивидуи придају међународноправни субјективитет, налазећи да „статус појединца у међународном праву више не доводи у сумњу да су појединци субјекти међународног права“.⁹²

Питање положаја индивидуе у међународном праву уско је везано за развој међународне заштите људских права.⁹³ Процес деловања је узајаман – што је развој људских права већи, то је значајнија улога индивидуа у међународном праву, а са друге стране, јачањем улоге индивидуа у међународном праву, појачавају се захтеви за ширим и детаљнијим дефинисањем појединачних људских права, као и развојем механизма њихове заштите.

Традиционално гледано, индивидуа не поседује општу способност да своја права заштити сопственом акцијом у оквиру међународне заједнице. Заштита права индивидуе у оквирима међународног права кретала се преко везе појединца са матичном државном – државном држављанства. Уколико би протест матичне

⁹⁰ *Guidelines on human rights and the fight against terrorism* усвојен од стране Комитета министара Савета Европе 11. јула 2002. године.

⁹¹ Видети више у: М. Крећа, *op.cit.*, стр. 133-134.

⁹² J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Edinburgh, 2003, pg 1.

⁹³ M. N. Shaw, *op.cit.*, pg 257.

државе индивидуе изостао, онда индивидуа не би имала друге механизме заштите на располагању.⁹⁴

Први механизам на основу ког је појединац могао директно да се обрати међународном суду успостављен је Версајским споразумом.⁹⁵ Данас је могућност индивидуе да се директно обраћа различитим механизмима заштите људских права на глобалном и регионалном нивоу уобичајена појава. У том смислу, најзначајнији је ЕСЉП, ком суду се од 1959. године индивидуе, групе и организације непосредно могу обратити за заштиту својих права, без посредовања држава или владиних међународних организација. Поред ЕСЉП, појединац може да се појави и пред неколико других међународних судова. Са активном легитимацијом тужиоца, може да буде странка у поступку пред Интерамеричким судом за људска права, а са пасивном легитимацијом туженог, може да буде странка у поступку пред међународним кривичним судовима/трибуналима.

Директно обраћање међународним механизмима заштите људских права од стране индивидуа, довело је до раста броја предмета који су се тicali права на правилно суђење. Тако, ЕСЉП, о чему ће више речи бити касније, већ дуги низ година бележи повреду права на правично суђење, као најчешћи правни основ поднетих представки. Ова чињеница може да води ка неколико закључака. Прво, да индивидуе препознају право на правично суђење, па и претпоставку невиности као људско право за које имају право да траже заштиту. Друго, да повреда права на правично суђење није ретка појава. Треће, да индивидуе имају поверења у међународне механизме заштите права на правично суђење.

⁹⁴ Овакав став истакнут је у случају *Danzig Railway Officials* Сталног суда међународне правде РСЦЈ, Series B, No. 15 (1928); 4 AD, p. 287., који је то нагласио да, према међународном праву, уговори, као такви, не стварају директна права и обавезе за физичка лица.

⁹⁵ Члан 304(б) Уговора из Версаја из 1919, предвиђао је могућност држављанима савезничких и удружених сила да поднесу тужбе против Немачке пред Мешовитим арбитражним судом у своје лично име и ради накнаде штете. О наведеном и развоју права појединца на заштиту сопственом акцијом у оквиру међународне заједнице видети више у: M. N. Shaw, *op.cit.*, pg 205.

Богата пракса међународних механизма за заштиту људских права, а посебно пракса ЕСЉП била је незамењив извор истраживања појма, садржине и обима заштите претпоставке невиности у овом раду.

1.3. ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ГЛОБАЛНИМ И РЕГИОНАЛНИМ ИНСТРУМЕНТИМА И МЕХАНИЗМИМА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА

1.3.1. Правни оквир УН – Универзална декларација о правима човека

Универзална декларација о правима човека је усвојена и проглашена је резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III).⁹⁶ Декларација представља први корак у формирању међународног права људских права и афирмише концепт индивидуалних људских права која су касније детаљније дефинисана у низу међународних уговора. Декларација полази од препознавања постојања инхерентног достојанства сваког појединца, једнакости и неотуђивости права. Истог дана када је усвојена Универзална декларација, Генерална скупштина затражила је од Комисије за људска права⁹⁷ да у најкраћем року припреми нацрте пактова о људским правима, налазећи да је „уживање грађанских и политичких слобода и економских социјалних и културних права повезано и међусобно условљено“⁹⁸

Универзална декларација представља први корак у грађењу Међународне повеље о људским правима⁹⁹ која се састоји од Декларације, Међународног пакта

⁹⁶ Од 10. децембра 1948. године. За је гласало 48 држава, ниједна није била против, 8 је било суздржано (укључујући Југославију, Саудијску Арабију, Јужну Африку и СССР), а две државе нису гласале

⁹⁷ Од 2006 Комисија за људска права УН мења назив у Савет за људска права.

⁹⁸ Резолуција Генералне скупштине из 1949 године: (resolution 421 (V), sect. E)

⁹⁹ О међународној повељи о људским правима видети више у: Fact SheetNo.2. (Rev.1.) *The International Bill of Human Rights*, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>

о економским, социјалним и културним правима и Међународног пакта о грађанским и политичким правима са два опциона протокола¹⁰⁰.

Члан 11. Универзалне декларације прописује процесна права – у ставу 1. претпоставку невиности, а у ставу 2. начело законитости - *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia lege poenali*. Ово је први међународни документ који, као људско право, прописује процесна права у кривичном поступку. Претпоставка невиности је дефинисана на следећи начин:

Свако ко је оптужен за кривично дело има право да се сматра невиним док се на основу закона кривица не докаже на јавном претресу на којем су му обезбеђена сва јамства потребна за његову одбрану

Travaux préparatoires на Универзалној декларацији неспорно указују да је претпоставка невиности у Декларацију унета још у првом нацрту документа, захваљујући напорима Rene Cassin и његовој доследности француској правној традицији¹⁰¹. Наиме, претпоставка невиности у британској и америчкој правној традицији није била препозната као посебно право, нити је била прописана законима. Она је постојала као саставни део права на правично суђење и произилазила је из прецедената који су се односили на питања терета доказивања и стандарда доказивања. Са друге стране, Декларација о правима човека и грађанина, произашла из Француске буржоаске револуције, изричито је прописивала претпоставку невиности као субјективно право и процесно начело. Уношење претпоставке невиности у Универзалну декларацију директна је последица промоције права произашлог из Француске буржоаске револуције неких 150 година раније.

На даљем тексту Универзалне декларације богат допринос изради коначне формулације претпоставке невиности дала је госпођа Roosevelt, која је полазећи

¹⁰⁰ Првим протоколом развијен је жалбени механизму оквиру Комитета за људска права. Протокол је усвојен и отворен за потпис, ратификацију и приступ резолуцијом Генералне скупштине 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. Други протокол се односи на аболицију од смртне казне и усвојен је резолуцијом Генералне скупштине 44/128 од 15. децембра 1989.

¹⁰¹ Н. Henrion, „La présomption d'innocence dans les travaux préparatoires au XXème siècle“, *Archives de politique criminelle*, 2005/1 (n° 27), 37 – 57.

од америчке правне традиције указивала на неопходност повезивања претпоставке невиности са другим процесним правима окривљеног у оквиру права на одбрану. Заједнички напори ове две значајне историјске личности изнедрили су коначан текст претпоставке невиности у Универзалној декларацији, што је послужило као темељ свим другим међународним инструментима заштите људских права.

Универзалну декларацију карактерише висок степен апстрактности одредби. Људска права су дефинисана на општи и апстрактан начин, с обзиром да је прецизније и детаљније прописивање права остављено за међународне пактове. Чињеница да је претпоставка невиности заслужила своје место у првом нацрту документа тако високог степена општости говори о свести аутора да претпоставка невиности није просто процесно право које се може гарантовати под општом конструкцијом процесних права или „јемства за одбрану“, већ да заслужује да буде издвојена као посебно право.

1.3.2. Међународни пакт о грађанским и политички правима

Међународни пакт о грађанским и политичким правима,¹⁰² полази од начела изражених у Повељи УНа да је признање урођеног достојанства, једнаких и неотуђивих права свих чланова људске породице темељ слободе, правде и мира у свету, као и права и принципа дефинисаних у Универзалној декларацији о правима човека.

У члану 14. МПГПП дефинисана су процесна права. У ставу првом дефинисан је принцип једнакости пред судом, право на правично и јавно суђење, независни и непристрасни суд. У ставу 3. дате су минималне гаранције окривљеног у кривичном поступку: да буде обавештен обавештен брзо и детаљно, на језику који разуме о оптужби којом се терети; да му се обезбеде довољно време и услови за припрему одбране и комуникацију са правним саветником по свом избору; право на суђење без непотребног одлагања; право на правну помоћ; право

¹⁰² Међународни пакт о грађанским и политичким правима усвојен је Резолуцијом 2200А (XXI) Генералне скупштине од 16. децембра 1966. године, а ступио је на снагу 23. марта 1976. године.

на испитивање сведока и једнакост оружја; право на тумача; право да не буде принуђен да терети самог себе или призна дело; право на жалбу; начело *ne bis in idem*. У ставу 2. дефинисана је претпоставка невиности:

Свако ко је оптужен за кривично дело има право да се сматра невиним док се његова кривица на основу закона не докаже

Дефиниција претпоставке невиности из МПГПП сажетија је од дефиниције из Универзалне декларације о правима човека. Разлог томе је чињеница да је МПГПП на знатно шири начин дефинисао остала процесна права, која су у тексту Декларације само поменута под општим појмом „јемства потребна за одбрану“. Други разлог опредељењу за сажету формулацију претпоставке невиности лежи у чињеници да је формулација права требало да буде одговарајућа за различите правне системе и различите кривичнопроцесне системе – од инквизиторског модела до акузаторског модела. Важно је напоменути да овако сажета формулација није нашкодила садржини гарантованог права. Чак напротив, њена концизност и јасноћа је допринела успостављању стандарда испод кога није могуће ићи.

Travaux préparatoires на МПГПП доказују наведене тврдње.¹⁰³ Наиме, на захтев британске делегације извршено је раздвајање претпоставке невиности од других процесних гаранција и приступило се њиховом детаљном дефинисању у намери избегавања опште формулације „јемства потребна за одбрану“ која је употребљена у Универзалној декларацији. Уједно, одбијен је предлог представника Филипина да се појам кривице веже за доказаност „ван разумне сумње“, управо из разлога постојања различитих кривичнопроцесних система. Рад на изради одредбе МПГПП која се тиче претпоставке невиности прошао је без веће расправе¹⁰⁴, што неспорно указује да је, у време настанка Пакта, свест творца о појму и садржини претпоставке невиности била довољно развијена.

¹⁰³ Н. Henrion, *op.cit.*, pg 37 – 57.

¹⁰⁴ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 154.

1.3.3. Претпоставка невиности у општим коментарима Комитета за људска права УН

Општи коментари¹⁰⁵ представљају компромисно решење у односу на питање овлашћења која надзорна тела имају поводом оцене извештаја држава у погледу поштовања људских права.¹⁰⁶ Због природе коментара, који су обично апстрактни и уопштени, али и због начина на који се усвајају¹⁰⁷ – удаљено од механизма у којима државе (као субјекти међународног права, изражавају вољу), општи коментари нису обавезни.

Општи коментари Комитета за људска права УН заснивају се на закључцима о начину примене појединих права произашлих из извештаја, примедби и појединачних жалби, односно искуству функционисања МПГПП. Стога, може се рећи да општи коментари садрже објашњења о природи права и начину њихове примене. Иако по природи нису обавезујући, њихова снага лежи у снази ауторитета.¹⁰⁸

Комитет за људска права опште коментаре издаје релативно ретко. До сада је донео 35 општих коментара. Њихова садржина је дизајнирана да буде прихватљива свим земљама чланицама и да представља ефективно право. Многи општи коментари су проширили основно значење конкретног права из МПГПП¹⁰⁹. Пракса давања коментара се развијала, тако да су старији коментари мање

¹⁰⁵ Неки уговори, као што је Конвенција о расној дискриминацији користи појам „општа препорука“

¹⁰⁶ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *op.cit.*, стр. 122.

¹⁰⁷ Комитет се састоји од 18 независних експерата који се бирају на период од 4 године, а одлуке се доносе консензусом. Комитет се углавном бави извештавањем, али на основу члана 40. ст.4. МПГПП овлашћен је да даје и опште коментаре, ако нађе да је то погодно.

¹⁰⁸ A. R. Chowdhury, M. J. N. Bhuiyan ed., *An Introduction to International Human Rights Law*, Koninklijke Brill, Leiden 2010, pg 35.

¹⁰⁹ Општи коментар број 28 „Једнакост у правима између мушкарца и жена“ даје шири оквир права у односу на текст МПГПП, више о томе у: S. Joseph, J. Schultz and M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, third edition, 2013, pg 17.

деталјни од новијих коментара, али у сваком случају сви општи коментари имају незамењив значај у јуриспруденцији.¹¹⁰

У шест општих коментара изричито се помиње претпоставка невиности. У општем коментару број 9 из 1982. године¹¹¹ који се односи на хумани третман особа лишених слободе, у тачки 4. наведено је да државе чланице имају обавезу сегрегације окривљених особа од оних које су осуђене у циљу истицања да окривљени треба да има статус неосуђене особе која је уједно заштићена и претпоставком невиности, како је то право дефинисано у члану 14. став 2.МПГПП. Општи коментар 9 је замењен Општим коментаром 21¹¹² из 1992. године којим је, у тачки 9, на идентичан начин дефинисана претпоставка невиности. Уједно је унета обавеза за државе чланице да извештавају о томе на који начин се раздвајање врши, као и како се третман окривљених разликује од третмана осуђених лица.

Општи коментар 13¹¹³ из 1984. године односи се на члан 14. МПГПП и је веома значајан за развој претпоставке невиности као људског права. Наиме, у тачки 7 је наведено да Комитет примећује недостатак информација у односу на примену члана 14. став 2. МПГПП, као и то да је примећено да је претпоставка невиности неретко дефинисана нејасним терминима или се у примени овог начела претпостављају неки услови. Комитет закључује да наведено води ка неефикасности претпоставке невиности, као фундаменталног принципа у заштити људских права. Потом Комитет наводи права без којих претпоставка невиности не може да остварује сврху, а то су: терет доказивања на страни тужилаштва, примена принципа *in dubio pro reo*, стандард доказивања – изван разумне сумње, као и обавезу јавних званичника да се суздрже од прејудуцирања исхода

¹¹⁰ S. Joseph, J. Schultz and M. Castan, *op.cit.*, pg 17.

¹¹¹ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No.9: Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of their Liberty, 30 July 1982.

¹¹² UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 21 Article 10 (Humane treatment of persons deprived of their liberty) 10 April 1992, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 10 April 1992.

¹¹³ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 13: Article 14 Administration of justice, 13 April 1984 .

поступка. Општи коментар 13. замењен је Општим коментаром 32¹¹⁴ који се такође односи на члан 14 МПГПП. У глави 1. тачка 6. дефинисано је да је одступање од примене права гарантованих у члану 14. забрањено у свако доба. То значи не постоји могућност дерогирања права, а посебно је наведено да се ова забрана односи на претпоставку невиности.

Општи коментар 29.¹¹⁵ односи се на *State of emergency* и дефинисано је да је одступање од фундаменталних принципа правичног суђења забрањено увек, односно да није могуће одступити од тих права у време *state of emergency*. Посебно је наведено да се принцип немогућности одступања односи на претпоставку невиности. Ово правило је касније поновљено у Општем коментару 32. У глави 4 дефинисана је претпоставка невиности и поновљена су правила претходно дефинисана у Општем коментару 13, с тим што је наведено да јавни званичници треба да се уздржавају од јавних изјава којима промовишу кривицу окривљеног позивајући се на случај *Gridin v. Russian Federation*.¹¹⁶ Из Коментара произилази да медији треба да избегавају вести којима се поништава претпоставка невиности. Даље је наведено да окривљени не треба да се приказују у кавезима током суђења или на други начин којим се сугерише да се ради о опасним криминалцима, уколико то није неопходно. Такође, у Коментару је наведено да дужина притвора ни у ком случају не сме бити узета у обзир као индикатор степена кривице, уз позивање на случај Италије и Аргентине.¹¹⁷ Осврћући се на случај *Cagas, Butin and Astillero v. Philippine*¹¹⁸ Коментар изричито наводи да одбијање прихватања споразума са тужилаштвом не сме утицати на претпоставку невиности. Такође, позивајући се на случајеве *Moraal v. France, W.J.H. v. The*

¹¹⁴ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR/C/GC/32, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, 23 August 2007

¹¹⁵ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General comment no. 29: States of emergency (article 4), CCPR/C/21/rev.1/Add.11, 31 August 2001

¹¹⁶ Communication No. 770/1997, *Gridin v. Russian Federation*, paras. 3.5 and 8.3.

¹¹⁷ Italy, CCPR/C/ITA/CO/5 (2006), para. 14 and Argentina, CCPR/CO/70/ARG (2000), para. 10.

¹¹⁸ Communication No. 788/1997, *Cagas, Butin and Astillero v. Philippines*, 2 November 2001, para. 7.3.

Netherlands и *W.B.E. v. The Netherlands*¹¹⁹ наведено је да у случају да, поред кривичне, постоји и грађанска одговорност, те да та чињеница ни на који начин не сме утицати на претпоставку невиности.

Општи коментар 35¹²⁰ је последњи усвојен коментар и тиче се права на слободу и безбедност. Претпоставка невиности је наведена као фундаментално право којим се штити слобода и безбедност и позивајући се на случај *Cagas v. Philippines*¹²¹ закључено је да екстремно пролонгирање притвора може угрозити претпоставку невиности у смислу члана 14. став 2. МПГПП.

1.3.4. Одлуке Комитета за људска права

На основу текста Конвенције, општих коментара и богате јуриспруденције Комитета за људска права (CCPR)¹²² у теорији је успостављен каталог процесних начела која улазе у оквир права на претпоставку невиности.

Претпоставка невиности, која представља основ заштите људских права у кривичном поступку, обухвата следеће: терет доказивања на страни тужилаштва; стандард доказивања изван разумне сумње; начело *in dubio pro reo*; обавезу да се према окривљеном органи опходе у складу са претпоставком невиности; обавезу јавних званичника да се уздрже од прејудицирања исхода поступка или давања јавних изјава којима се афирмише кривица окривљеног; обавезу органа да се уздрже од приказивања окривљеног са повезом на рукама или у кавезу чиме би се указивало да се ради о опасном криминалцу; обавеза медија да се суздрже од извештавања којим би се потцењивала претпоставка невиности окривљеног; обавеза органа поступка да дужину притвора никада не узима као индикацију

¹¹⁹ Communication No. 207/1986, *Moraël v. France*, para.9.5; No. 408/1990, *W.J.H. v. The Netherlands*, para. 6.2; No. 432/1990, *W.B.E. v. The Netherlands*, para. 6.6.

¹²⁰ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person) 16. December 2014, CCPR/C/GC/35, 16 December 2014

¹²¹ *Cagas v. Philippines*, CCPR, 788/1997, 2 November 2001, para. 7.3.

¹²² Јуриспруденција Комитета за људска права CCPR је доступна на <http://juris.ohchr.org/search/documents>

кривице или степена кривице; одбијање окривљеног за постизање споразума са тужилаштвом не сме да утиче на претпоставку невиности.¹²³

У даљем тексту, изложићемо на сумаран начин само најважније одлуке Комитета од значаја за претпоставку невиности и уз сваку одлуку навести на које појединачне елементе претпоставке невиности се одлука односи.

1. *Moraël v France* 207/86¹²⁴ - претпоставка невиности се примењује само на кривичне поступке

Подносилац Ив Морел је био директор француске компаније која се бавила производњом папира. Услед економске кризе компанија је пала у дугове што је резултовало вођењем поступка пред судом због банкротства, а последично и обавезом подносиоца за исплату дела дуговања компаније. Подносилац је тврдио да је закон којим је регулисано банкротство успоставио претпоставку кривице директора, као и то да је обавеза која му је изречена, а тиче се исплате дела дуговања компаније, суштински казнена одредба и да се њоме крши претпоставка невиности која је загарантована у казним поступцима. Комитет је закључио да се члан 14. став 2. примењује искључиво на кривичне поступке и да се у конкретном случају не може применити. Такође наводи да закон који регулише банкротство не уводи претпоставку кривице, већ претпоставку одговорности за ризике који произилазе из привредних активности и да грађанско право дозвољава такву одговорност, чак и када је објективна. У односу на обавезу подносиоца изречену од стране суда, Комитет наводи да се ова обавеза тиче компензације оштећених и да не садржи казнену компоненту.

2. *Owen v France* 1620/07 ¹²⁵— преношење терета доказивања; пропорционалност

¹²³ S. Joseph, J. Schultz and M. Castan, *op.cit.*, pg 476.

¹²⁴ *Moraël v France*, CCPR 207/86, 28 July 1989

¹²⁵ *Owen v France*, CCPR 1620/07, 27 April 2011

Подносилац Џон Овен је Британац који је био суоснивач компаније у Паризу у којој је имао почасну неплаћену функцију. Осуђен је од стране кривичног суда за превару зато што је пропустио да пријави наведену функцију када је од Француске приходовао бенефите за незапослене и обавезан је да врати све што је по том основу приходовао. Он је тврдио да је у односу на њега прекршена претпоставка невиности и да му је наметнут обрнут терет доказивања. Комитет је поновио да претпоставка невиности подразумева обавезу доказивања ван разумне сумње, као и бенефит сумње на страни окривљеног и закључио да је неспорно да подносилац представке није имао квалитетну одбрану и да је због тога имао лимитиране шансе у поступку и да због тога његова кривица у погледу казненог дела за које је оптужен није доказана ван разумне сумње. Комитет је стога закључио да је, на штету подносиоца, повређена претпоставка невиности, а посебно из разлога што је терет доказивања, који је био пренет на њега, био уједно и непропорционалан.

3. *Cagas, Butin and Astillero v Philippines 788/97*¹²⁶ - притвор, одбијање сарадње

Подносиоци су ухапшени од стране филипинских власти због сумње на вишеструко свирепо убиство и задржани су у притвору. Тврдили су да је у односу на њих примењивана тортура у притвору, а један од њих је тврдио да је тортура била начин да се принуди да са тужилаштвом постигне споразум о сведочењу. Тврдили су да је у односу на њих прекршена претпоставка невиности. Комитет је закључио да чињеница да окривљени одбија сарадњу са органима поступка или одбија да призна дело, *a priori* не представља кршење претпоставке невиности. Са друге стране, Комитет је нашао да притвор у дужем трајању, у овом случају у трајању од девет година, утиче на право окривљеног на претпоставку невиности и да та чињеница, сама по себи, представља кршење члана 14. став 2.

4. *Gridin v Russian Federation 770/97*¹²⁷ - медији, изјаве званичника, атмосфера на суђењу

¹²⁶ *Cagas, Butin and Astillero v Philippines*, CCPR 788/97, 31 January 2002

Димитри Гридин је ухапшен под сумњом на покушај силовања и убиство, након чега је оптужен и за друга силовања и убиства, а потом и осуђен на смртну казну. Навео је да је кривична дела признао у полицији под тортуром, као и да је ток предистражног поступка обиловао кршењем процесних права. Уједно је и навео да је прекршена претпоставка невиности тако што су медији, одмах након његовог хапшења, извештавали да је ухапшен „лифт бој“ убица и силоватељ, а високи полицијски званичник је дао изјаву да је сигуран да је ухапшено лице убица и силоватељ. У суђењу је учествовало преко десет тужилаца и само један бранилац, а судница је била пуна грађана који су вриштали и позивали суд да окривљеног осуди на смртну казну. Комитет је нашао да је дошло до кршења претпоставке невиности и уједно се позвао на Општи коментар број 13 и подсетио на обавезу јавних званичника да се уздрже од предвиђања исхода поступка и изјава у којима указују или образлажу кривицу окривљеног.

5. Saidova v Tajikistan 964/01¹²⁸ - медији

Барно Саидова је супруга окривљеног који је притворен због бандитизма и оружане побуне, а потом је и осуђен на смртну казну и ускоро погубљен. Она је тврдила да је у односу на њеног супруга, између осталог, прекршена претпоставка невиности. Навела је да је током истраге национална медијска кућа, која следи државну политику, константно емитовала и објављивала материјал којим је потврђивана и образлагана кривица окривљеног, уједно називајући окривљеног и друге оптужене саучеснике криминалцима и побуњеницима, чиме су медији значајно утицали на стварање негативне перцепције на страни јавног мњења, а последично и „оптужујући приступ“ самог суда. Комитет закључује да у недостатку информација које је требало да достави Таџикистан, може само да закључи да је претпоставка невиности била повређена, с обзиром на наводе подносиоца.

¹²⁷ *Gridin v Russian Federation*, CCPR 770/97, 18 July 2000

¹²⁸ *Saidova v Tajikistan*, CCPR 964/01, 20 August 2004

6. *Pavel Selyum v Belarus No.2289/2013 od 09.12.2015*¹²⁹ - симболичко кажњавање окривљеног - ланци, посебна одећа

Подносилац је притворен, а потом и осуђен на смртну казну у Минску због убиства две особе. Током суђења држан је у металном кавезу, а четири полицајца су га пратила до суднице присиљавајући га да нагиње главу према коленима, што представља посебан третман лица која се суочавају са смртном казном. Након што је првостепена пресуда објављена, принуђен је да носи посебну хаљину са акронимом који представља симбол смртне казне, иако пресуда није постала правноснажна. Медији у власништву државе су интензивно извештавали о овом случају, а популарни тв канал га је називао криминалцем. Комитет је навео да, у одсуству релевантне изјаве државе о разлозима таквог третирања окривљеног у поступку, закључује да претпоставка невиности окривљеног није поштована.

7. *Dole Chadee and others v Trinidad and Tobago CCPR/C/63/D/813/1998* - мере предузете од стране државе на спречавању негативног утицаја медијског публициитета

Подносиоци Dole Chadee и други оптужени су у Тринидаду и Тобагу за убиство четворочлане породице у јануару 1994. године. Ухапшени су и притворени, а исход суђења је био смртна казна. Жалбе на пресуду су им одбијене. Сматрали су да им је била прекршена претпоставка невиности по више основа, а нарочито због чињенице да је суђење било медијски праћено и да је у медијима била прејудицирана њихова кривица и потенцирана веза предметног убиства са трговином дрогом. Медији су окривљеног Chadee називали „нарко бароном“ што је, по његовом уверењу код пороте могло да створи предубеђење о његовој кривици и мотиву убиства. Подносиоци су указали и на чињеницу да је порота бирана 14 дана и да је састав пороте био такав да је могла да подлегне предрасудама и предубеђењу. Тринидад и Тобаго су негирали наводе подносиоца и указали Комисији на предузете мере у циљу спречавања негативног утицаја медијске кампање на чланове пороте. Комитет је закључио да је држава

¹²⁹ *Pavel Selyum v Belarus*, CCPR 2289/2013, 09 December 2015

потписница предузела мере ради спречавања утицаја негативног публицитета које је претходио суђењу, што се огледало и у брижљивом избору судија поротника. Комисија је стога мишљења да није дошло до повреде претпоставке невиности.

8. *Kh.B. v Kyrgyzstan No 2163/2012 od 05.09.2017*¹³⁰ - утицај политичких докумената на претпоставку невиности

Подносилац *Kh.B.* је Узбекистанац из региона Ош у Киргистану. Током 2010. године одиграло се више напада према Узбекистанцима у Киргистану, а он је тим поводом одржао јавни говор у коме је критиковао примену силе од стране државе. Следеће године киргистански парламент је усвојио резолуцију у којој је подносилац окарактерисан као организатор националистичких и сепаратистичких активности. Подносилац је тврдио да је парламент прекршио претпоставку невиности јер је прејудуцирао исход било ког поступка који би се против њега водио. У децембру 2012. године подносилац је у одсуству осуђен на казну доживотног затвора и конфискована му је имовина. Комитет је подсетио да члан 14. став 2. Конвенције садржи процесне гаранције лицима која су оптужена за кривично дело. Даље је приметно да је у односу на подносиоца био у току кривични поступак када је резолуција усвојена и да су се у односу на окривљеног у том тренутку примењивале све процесне гаранције из члана 14. Ипак, Комитет сматра да подносилац није дао податке који би доказали индициону везу између резолуције, као политичког документа, и кривичног поступка, односно, није дао објашњење како је то политички документ, у очима разумног посматрача, могао да утиче на поступак у току. Стога је Комитет закључио да представљене чињенице не доводе до закључка да је дошло до повреде претпоставке невиности.

Из прегледа најзначајнијих одлука Комитета у погледу претпоставке невиности можемо да закључимо да је Комитет склон да поклони висок степен заштите процесних права који представљају предуслов за претпоставку невиности – терет и стандард доказивања. Такође, Комитет је показао висок степен сензибилитета у односу на питања очувања достојанства окривљеног, како из угла

¹³⁰ *Kh.B. v Kyrgyzstan*, CCPR 2163/2012, 05 September 2017

символичког кажњавања окривљеног, тако и из угла негативних медијских кампања. Такође, препознао је да изјаве јавних званичника могу да буду извор кршења претпоставке невиности. Ипак, из предмета *Dole Chadee*, у ком није утврдио повреду претпоставке невиности, јасно произилази да Комитет позитивно цени сваки напор државе на предузимању мера у циљу заштите од кршења претпоставке невиности, уколико је тај напор био сразмеран и адекватан, чиме подстиче државе у испуњавању позитивних обавеза. Из предмета *Kh.B. v Kyrgyzstan* уочљиво је да Комитет није склон да сваку политичку активност негативно усмерену ка окривљеном, а у вези са кривичним поступком, процени као опасност по претпоставку невиности. Комитет у погледу овог питања показује извештајан степен опреза захтевајући успостављање директне логичке узрочно-последичне везе између политичког деловања и судске одлуке.

1.3.5. Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима за заштиту људских права

На тлу Европе, Америке, Африке и Азије развијени су регионални инструменти и механизми за заштиту људских права. Регионални инструменти и механизми се развијају под утицајем развоја људских права у окриљу УНа и представљају продукте институционалне и политичке еволуције. Они имају за циљ унапређење и заштиту људских права из глобалних инструмената на подручју одређеног региона. Локализација инструмената и механизма за заштиту људских права омогућава имплементацију стандарда људских права прилагођавањем захтевима и циљевима одређеног региона. Такође, регионални инструменти и механизми, за разлику од глобалних, на адекватнији начин препознају и дају одговор на проблеме и изазове људских права специфичне за регион. Поврх свега, развој глобалних механизма за заштиту људских права доприноси јачању идеје о установљењу надржавних механизма (судова и комисија), што све утиче на промену става у погледу начина разумевања суверенитета.

У овом поглављу биће више речи о регионалним инструментима и механизмима на тлу Америке, Африке и Азије, с тим да ће питање регионалне

заштите људских права у Европи, у оквиру Савета Европе и ЕУ, због обимности, бити обрађено у засебним поглављима.

1.3.5.1. Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима на тлу Америке

Најзначајнији регионални инструмент за заштиту људских права на тлу Америке је Америчка декларација о правима и дужностима човека¹³¹ из 1948. године. Ова декларација прописује претпоставку невиности у члану 26. члану следећим текстом:

– сваки окривљени сматраће се невиним док не буде доказана његова кривица.

Претходно, у члану 18. Декларација прописује право на правично суђење које је, у односу на друге документе који прописују ово право, дефинисано на специфичан начин. Тако, под правом на правично суђење Декларација подразумева да свака особа има право приступа суду ради обезбеђења поштовања својих права, као и то да треба да има доступну јасну и кратку процедуру у којој је судови могу заштитити од поступака власти и од повреде фундаменталних уставних права.

Други значајан инструмент је Америчка конвенција о људским правима¹³², позната и као Пакт из Сан Хозеа (Костарика) је мултилатерални уговор ратификован од стране 25 земаља латинске Америке. Конвенција је усвојена 1969. године у налету усвајања међународних докумената из области заштите људских права, а са применом је започела 1978. године. Ова Конвенција такође прописује право на правично суђење у члану 8. које подразумева право на суђење у разумном року од стране независног и непристрасног суда установљеног на основу закона. У оквиру права на правично суђење прописно је и право на претпоставку невиности које је дефинисано на следећи начин:

¹³¹ American Declaration of the Rights and Duties of Man. Канада није потписала нити ратификовала Декларацију, а САД је потписала Декларацију, али је није ратификовала

¹³² American Convention on Human Rights

- свако лице оптужено за кривично дела има право да се сматра невиним све док се његова кривица не докаже у складу са законом

Повељом Организације Америчких држава из 1948. предвиђено је оснивање Интер-америчке комисије за људска права и Интер-америчког суда за људска права, као тела за заштиту и промоцију људских права.

Интер-америчка комисија за људска права и Интер-амерички суд за људска права у више наврата су одлучивали у предметима повреде претпоставке невиности. Интер-америчка комисија за људска права је највише била фокусирана на питање основа за одређивање притвора, као и за продужење притвора, односно предузимање мера ради унапређења свести о односу претпоставке невиности и притвора.¹³³ Тако, у случају *Raul Rolando Romero Feris Argentina*¹³⁴ Комисија је чак аплицирала пред Судом у циљу заштите права окривљеног из разлога што је у притвору провео пет месецу дуже од максималног рока трајања притвора, сматрајући да се ради о повреди претпоставке невиности, што је потврдио и Суд. Такође, значајан је и став Комисије у погледу могућности одрицања од претпоставке невиности. Комисија је у извештају *Report on Terrorism and Human Rights*¹³⁵ истакла да је претпоставка невиности право које није подложно дерогацији и да одрицање од претпоставке невиности није допуштено.

Са друге стране, Интер-амерички суд за људска права шире је разматрао питање претпоставке невиности. Изложићемо само пар предмета овог суда који су се тicali претпоставке невиности, ради лакшег разумевања приступа Суда.

У предмету *Suárez Rosero v Ecuador*¹³⁶ Суд је сматрао да би се пролонгирани притвор могао сматрати повредом претпоставке невиности,

¹³³ *Mesasures to Reduce Pre Trial Detention*, IACHR, 2017 и *Report on the Use of Pre Trial Detention in the America*, IACHR, 2013, документи доступни на <http://www.oas.org/en/iachr/>

¹³⁴ *Case of Raul Rolando Romero Feris v Argentina*, IAmCtHR, No.12.984, 5 July 2017

¹³⁵ Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights* OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, paras 253, 261, доступно на <http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm>

¹³⁶ *Case of Suárez Rosero v Ecuador*, IAmCtHR, Series C No 35, 12 November 1997, para 77-78

уколико такав притвор није био неопходан ради обезбеђења да окривљени не спречи истрагу или избегне правду.

У предмету *Ruano Torres v. El Salvador*¹³⁷ Суд се суштински изјашњавао о примени начела *in dubio pro reo*, као елемента претпоставке невиности. Наиме, у овом случају је окривљени Руано је ухапшен и процесуиран због кривичних дела отмице и тортуре, а на основу исказа једног од отмичара који је тврдио да је са њим у групи било лице са надимком „El Choro“, истим надимком који је имао и Руано. Даље је у поступку Руано предлагао доказе који иду њему у прилог, покушавајући да докаже своју невиност и нудећи доказе за алиби, али његови предлози за извођење доказа нису били прихваћени. Суд је закључио да је претпоставка невиности окривљеног била повређена и да је тужилац био у обавези да исцрпи све могућности које има ради утврђивања идентитета особе са спорним надимком, односно да је у ситуацији неизвесности у вези надимка требала преовладати претпоставка невиности.

Нарочито је интересантан случај *Norín Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Indigenous Mapuche People) v. Chile*¹³⁸ у коме је Суд критиковало антитерористички закон због нарушавања претпоставке невиности. Наиме, у овом предмету радило се о тврдњи припадника Мапучи заједнице да им је повређено право на правично суђење и претпоставка невиности у поступку који се против њих водио у Чилеу. Активисти ове заједнице изражавали су своје незадовољство управљањем природним ресурсима сматрајући да пуна и слободна приватизација шума води ка уништењу шума и захтевајући да њиховој заједници буде враћено земљиште на управљање. Њихови протести су сматрани припремом за терористичке активности и седам активиста је било осуђено под оптужбом припремања терористичких дела у северном Чилеу. Контраверзни антитерористички закон је, у односу на припаднике ове заједнице, био коришћен и у ранијим случајевима. Суд је закључио да је применом антитерористичког

¹³⁷ Case of *Ruano Torres et al. v. El Salvador*, IAmCtHR, Series C No. 303, 5 October 2015.

¹³⁸ Case of *Norín Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Indigenous Mapuche People) v. Chile*, IAmCtHR, 26 January 2015

закона доведено у питање поштовање претпоставке невиности и донео је одлуку да је Чиле одговоран за кршење људских права, односно претпоставке невиности, у односу на активисте Мапучи заједнице.

1.3.5.2. Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима на тлу Африке

Афрички систем заштите људских права фокусиран је на превенцију масовних кршења људских права и јединствене потребе за заштиту система специфичног афричког идентитета.¹³⁹ Афричка повеља о људским правима познатија као Банцул повеља¹⁴⁰ усвојена је 1981. године а започела је са применом 1986. године и она садржи већину одредби које се тичу грађанских и политичких права, по угледу на међународне документе о људским правима које су у том тренутку постојале. Афричком повељом је успостављена Афричка комисија за људска права која има за циљ унапређење поштовања људских права, истраживања и извештавања о стању људских права у Африци. Организација афричког јединства је 1998. године усвојила Протокол Афричке повеље о људским правима којим је основан Афрички суд за људска права.

Афричка повеља о људским правима у члану 7. прописује елементе права на правично суђење (право на непристрасан суд, право на суђење у разумном року, право на одбрану, право на жалбу и др), а у ставу 1.б. изричито прописује претпоставку невиности:

- свако да се сматра невиним док се његова кривица не докаже пред надлежним судом или трибуналом.

Афричка комисија за људска права, позивајући се на овлашћење које произилази из Повеље – да формулише основне принципе и правила у циљу решавања правних проблема у вези заштите људских права и основних слобода, 2003. године је усвојила документ под називом: Принципи и смернице права на

¹³⁹ D. Weissbrodt and C. de la Vega, *International Human Rights Law, an introduction*, University of Pennsylvania Press, 2007, pg 334

¹⁴⁰ African Charter on Human and Peoples' Rights

правично суђење и правну помоћ у Африци.¹⁴¹ У овом документу, у члану 6, описана су људска права у кривичним поступцима. Тако, овај документ препознаје и прецизира начин остваривања следећих права: једнакост оружја, забрана колективне одговорности, право присуства суђењу, забрана принуде над окривљеним у циљу самоинкриминације, право на признање кривице, претпоставка невиности, право испитивања сведока, забрана употребе доказа прикупљених на недозвољен начин. Занимљиво је да се забрана употребе силе у циљу самоинкриминације, што подразумева шире право - привилегију против самоинкриминације, разматра као право одвојено од претпоставке невиности и посебно је дефинисано.

Принципи и смернице права на правично суђење и правну помоћ у Африци под претпоставком невиности подразумевају три елемента. Прво, да је терет доказивања на тужилаштву. Други елемент се тиче јавних званичника у односу на које је прописано да морају да поштују претпоставку невиности. Такође је наведено да јавни тужиоци могу да информишу јавност о кривичном поступку, али да не би смели изражавају своје ставове или виђења о кривици окривљеног. Трећи елемент се односи на правне или чињеничне претпоставке у кривичним случајевима. Наведено је да су такве претпоставке дозвољене само уколико су обориве. Уколико се има у виду да је привилегија против самоинкриминације претходно посебно дефинисана, можемо да закључимо да је овај документ у односу на претпоставку невиности свеобухватан, јер садржи практично све елементе претпоставке невиности који су се искристалисали у пракси ЕСЉП, као најзначајнијег суда за људска права.

Афричка комисија за људска права је још пре усвајања Принципа и смерница имала прилику да одлучује у предметима који су се тicali претпоставке невиности. Навешћемо само неколико најзначајнијих предмета Комисије у погледу претпоставке невиности.

¹⁴¹ The African Commission on Human and Peoples' Rights, Principles and guidelines on the Right to a fair trial and legal assistance in Africa

У случају *Annete Pagnouille (on behalf of Abdoulaye Mazou) v Cameroon*¹⁴² Комисија је констатовала да притвор у трајању од две године представља кршење претпоставке невиности, као и да одређивање и продужење притвора само због бојазни да би окривљени „могао да направи проблем“ није допуштено.

У предмету *Media Rights Agenda & Others v Nigeria*¹⁴³ Комисија је утврдила бројне повреде људских права у кривичном поступку, између осталог и повреду претпоставке невиности.¹⁴⁴ У овом случају радило се о четири новинара једне новинске агенције у Нигерији који су ухапшени на радном месту, без налога за хапшење и без информисања о разлогу хапшења. Један од њих провео је у притвору више месеци након чега је изведен пред специјални војни суд убог наводне умешаности у државни удар. После два месеца тајног суђења и оштре медијске кампање осуђен је на казну доживотног затвора. Комисија је закључила да је окривљеном било повређено право на правично суђење, као и претпоставка невиности.

У предмету *Malawi African Association and Others v. Mauritania*¹⁴⁵ Комисија је утврдила повреду права на претпоставку невиности у случају када је суд нашао да су окривљени криви тумачећи њихово одбијање коришћењем права одбране „тактиком признања кривице“.

Инструменти и механизми за заштиту људских права на тлу Африке потврђују да је претпоставка невиности прихваћена као фундаментални део права на правично суђење, као и то да тела за заштиту људских права прате европске трендове развоја људских права и разумевања садржине претпоставке невиности.

¹⁴² *Annette Pagnouille (on behalf of Abdoulaye Mazou) v Cameroon*, AfrComHR, 39/90, 24 April 1997
О наведеном предмету видети више у: M. Ssenyonjo ed, *The African Regional Human Rights System: 30 Years after Human Rights Charter*, Nijhoff Publishers, Leiden 2012, pg 40.

¹⁴³ *Media Rights Agenda & Others v Nigeria*, AfrComHR, 224/98, 6 November 2000

¹⁴⁴ О утврђеним кршењима људских права у кривичном поступку у предмету *Media Rights Agenda & Others v Nigeria* више у: N. J Udombana, “The African Commission on Human and People's Rights and the development of fair trial norms in Africa”, *African Human Rights Law Journal*, 6, No 2, 2006, pg 298-332.

¹⁴⁵ *Malawi African Association and Others v Mauritania*, AfrComHR, Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98, 11 May 2000

Може се закључити да је, поред детекције традиционалног проблема предугог притвора на тлу Африке, Комисија прихватила ставове ЕСЉП у погледу тога да и медијска кампања може да утиче на претпоставку невиности, као и друге ставове који се тичу терета доказивања и стандарда доказивања.

1.3.5.3. Претпоставка невиности у регионалним инструментима и механизмима на тлу Азије

Азијска декларација о људским правима или Декларација из Пном Пена¹⁴⁶ није прави регионални документ, пре би се могло рећи да је субрегионални документ, јер је усвојен од стране субрегионалне Организације југоисточних азијских земаља. Овај документ је усвојен недавно, тј 2012. године, после дугог низа година у којима азијске земље нису имале своје регионалне или субрегионалне мултилатералне документе за заштиту људских права. Разлог наведеном су били значајни диверзитети међу државама у географском, културолошком, али и политичком смислу.¹⁴⁷ Декларација је написана по угледу на друге регионалне декларације које се тичу заштите људских права, а нарочито је значајно што Декларација предвиђа оснивање Комисије за људска права, по угледу на друге регионалне комисије, у циљу заштите и промоције људских права. У односу на претпоставку невиности, Декларација препознаје ово право и дефинише га у члану 20

- Свако ко је оптужен за кривично дело сматраће се невиним док се не докаже његова кривица у складу са законом у јавном и правичном суђењу, спроведеном од стране компетентног, независног и непристрасног суда, који окривљеном гарантује право на одбрану.

Уочљиво је да Декларација дефинише претпоставку невиности заједно са другим процесним правима у кривичним поступцима – правом на независан и непристрасан суд; јавност суђења; право на одбрану. Овакав приступ је донекле неубичајен, имајући у виду да глобални и преостали регионални инструменти

¹⁴⁶ ASEAN Human Rights Declaration, 2012

¹⁴⁷ H. Tan, *The ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights*, Cambridge University Press, 2011, pg 5.

претпоставку невиности формално раздвајају од осталих права из групе права на правично суђење. Ипак, може се закључити да овакав приступ дефинисању претпоставке невиности не штети појму претпоставке, нити њеном значају у односу са другим правима.

1.3.6. Међународне невладине организације и претпоставка невиности

1.3.6.1. Појам и улога међународних невладиних организација у промоцији и заштити људских права

Међународне невладине организације представљају приватне и непрофитне организације установљене од стране појединаца или националних удружења у циљу координације и сарадње на међународном пољу активности.¹⁴⁸

У теорији је неспорно да међународне невладине организације нису субјекти међународног права. Ипак, њихов значај у међународном праву није мали, па се у литератури се дефинишу и као „недржавни субјекти који су део међународног правног поретка“. ¹⁴⁹ Развој и увећање броја међународних невладиних организација, као и јачање њиховог утицаја на међународне организације, довео је до јачања идеје да ове организације имају правни субјективитет у међународном јавном праву. ¹⁵⁰ Због немогућности подвођења међународних невладиних организација под конвенционални појам правног субјективитета међународног јавног права, али истовремено и због неспорног све јачег утицаја ових организација, можемо се сложити са констатацијом да су међународне невладине организације „тежак теоријски изазов традиционалним концептима међународног права“¹⁵¹

¹⁴⁸ B. A. Boczek, *International Law, A Dictionary*, Scarescrow Press, Oxford, 2005, pg 75.

¹⁴⁹ V. Dimitrijević, *et.al.*, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Drugo izdanje, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, str. 123.

¹⁵⁰ P. Alston (ed), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, pg 70.; E. Szazi, *NGOs: legitimate subjects of international law*, Leiden University Press, 2012.

¹⁵¹ P. J Spiro “NGOs and human rights: channels of power” in S. Joseph, A. McBeth (eds), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Cheltenham, UK, 2010, pg 115.

Без обзира на исход теоријске дилеме о правном субјективитету међународних невладиних организација, неспорно је да оне имају „значајну улогу у међународном јавном праву, од креирања међународних уговора до њихове имплементације, од подршке судовима до правне помоћи“¹⁵² Међународне невладине организације имају више различитих поља деловања. Оне делују на пољу сарадње са појединачним државама тако што имају консултативну улогу, али и улогу подношења извештаја о стању људских права. Имају богату сарадњу и са међувладиним међународним организацијама тако што пружају консултантске услуге, учествују у изради нацрта докумената, преговорима за закључење мултилатералних уговора и слично. Међународне невладине организације имају консултативни статус UN Economic and social Council – ECOSOC, а формиран је и посебан комитет за невладине организације - The Committee on Non-Governmental Organizations (NGO Committee) који делује у оквиру ECOSOC. Међународне невладине организације имају значајну сарадњу са међународним корпорацијама нарочито на пољу промоције људских права. На међународном нивоу успоставља се и међусобна сарадња између међународних невладиних организација и националних невладиних организација.

Извор моћи међународних невладиних организација лежи у чињеници да су оне својим деловањем попуниле празнину која је постојала у међународној заједници, јер је јавна сфера деловања већа од владине сфере деловања¹⁵³. Наиме, функционисање држава, као субјеката међународног јавног права, базично је засновано на интересима и идеји реципрочности. Овакви принципи функционисања нису довољни да одговоре изазовима људских права, „јер се обавезе из области људских права не могу описати у смислу реципрочног државног интереса“.¹⁵⁴ Деловање међународних невладиних организација за циљ би требало да има успостављање неутралног и објективног посматрања људских

¹⁵² P. Dupuy L. Vierucci (eds), *NGOs in International Law Efficiency in Flexibility?*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2008, pg 1.

¹⁵³ E. Szazi, *op.cit.*, 2012, pg 113.

¹⁵⁴ P. J Spiro, *op.cit.*, pg 116.

права, као правног и друштвеног феномена. Управо због такве интенције, међународне невладине организације се називају гласником светске савести.¹⁵⁵

Могући проблеми који се вежу за деловање међународних невладиних организација је питање начина њиховог финансирања, односно чињеница да се финансирају најчешће од стране донора и да због тога могу да рефлектују вољу и вредности донора, што може да утиче на њихову објективност. Није ретка ни појава да саме државе оснивају невладине организације како би ставове владе представљали као ставове цивилног сектора, у циљу да такви ставови задобију карактеристике неполитизованих и објективних ставова.¹⁵⁶

За поље нашег интересовања најзначајније је питање деловања међународних невладиних организација пред међународним механизмима за заштиту људских права. Најзначајнији судови и механизми за заштиту људских права – ЕСЉП, Интер-америчка комисија за људска права, Афричка комисија за права човека, Суд правде Европске уније¹⁵⁷ и Афрички суд за људска права допуштају међународним невладиним организацијама различите облике индиректног учешћа у поступку, најчешће у виду *amicus curiae*.¹⁵⁸

Поред учешћа пред механизмима заштите људских права, није од мањег значаја деловање међународних невладиних организација на пољу извештавања о стањима људских права у одређеним државама или регионима.

¹⁵⁵ A. Cassese, *Human Rights in a Changing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pg 173.

¹⁵⁶ Невладине организације које су оријентисане ка интересима бизниса који их финансира у теорији се називају BINGO – Business orientation non governmental organisations, а оне које оснива влада GONGO- Government organised non governmental organisations. Обе наведене врсте организација не представљају аутентичне невладине организације.

¹⁵⁷ У даљем тексту: СПЕУ

¹⁵⁸ P. Dupuy L. Vierucci, *op.cit.*, pg 157.

1.3.6.2. Међународне невладине организације и претпоставка невиности

Са становишта претпоставке невиности, деловање међународних невладиних организација које се баве заштитом права на правично суђење и владавином права је од великог значаја. Ове организације се питањем претпоставке невиности баве, како у појединачним случајевима, када пружају правну помоћ одређеним лицима или делују као *amicus curiae*, тако и у случајевима извештавања о стању људских права.

У даљем тексту даћемо сумаран преглед најважнијих међународних невладиних организација које су се бавиле питањем претпоставке невиности

Организација *World Justice Project* сваке године сачињава *Rule of Law Index*¹⁵⁹ који документ, сачињен на основу прецизне методологије, претендује да представља светску ранг листу држава у односу на стандарде владавине права. Између осталог, ова организација мери и степен поштовања процесних права у свакој држави, а посебно претпоставке невиности. Рангирање државе према степену поштовања владавине права, према овом извештају, значајно је за питање репутације државе, односа са другим државама, али и иностраног улагања, из разлога што низак степен владавине права указује на висок степен правне неизвесности у економској сфери.

Организација *Amnesty International* је једна од најзначајнијих међународних невладиних организација за заштиту и промоцију људских права. Ова организација се посебно бави питањем степена остварености права на правично суђење у појединим државама и то чини на основу документа *The right to a fair trial AI index*¹⁶⁰. Важно место у истраживању поштовања права на правично суђење има претпоставка невиности. *Amnesty International* претпоставку невиности у наведеном документу посматра као право које се остварује током

¹⁵⁹ Rule of Law Index за период 2017-2018 је доступан на <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018>

¹⁶⁰ The right to a fair trial AI index, доступно на <https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/pol300012002en.pdf>

саслушања и којим се забрањује тортура, принуђавање окривљених да се самооптужују, али и право на одбрану ћутањем и право на адвоката. Међутим, претпоставка невиности се посматра и као право које се остварује на главном претресу и огледа се у правилима о терету доказивања.

Поред наведеног, *Amnesty International* се бави и питањима друштвених узрока и друштвених консеквенци повреде претпоставке невиности и у више наврата је указивао на проблем претераног одређивања притвора и претерано дугог задржавања у притвору, чиме се негира претпоставка невиности.¹⁶¹

Open Society Foundation се такође бавила претпоставком невиности у бројним пројектима који су се тicali владавине права и остваривање права на правично суђење. Ова организација је нарочиту пажњу посветила социо-економским последицама претераног одређивања притвора и претерано дугог боравка лица у притвору указујући да оваква пракса представља негацију претпоставке невиности, односно увођење претпоставке кривице.¹⁶²

Fair trials project је међународна невладина организација која се бави искључиво правима у кривичним поступцима. Себе називају глобалним псом чуварем кривичне правде. Ова организација се бави, како процесним правима у кривичном поступку у ужем смислу, тако и свим ванпроцесним елементима који могу да утичу на претпоставку невиности. Посебно указују на то како изјаве јавних званичника могу да утичу на претпоставку невиности. Искрпно се баве истраживањима начина јавног презентовања окривљеног пре и у току суђења, као

¹⁶¹ Види на пример извештај: *Punished for being poor, unjustified, excessive and prolonged pre-trial detention in Madagascar*, доступно на <https://www.amnesty.org/en/documents/afr35/8998/2018/en/>, као и извештај *India Report of the Malimath Committee on Reforms of the Criminal Justice System: Some observations*, доступно на <https://www.refworld.org/pdfid/3f914cba4.pdf>

¹⁶² Види следеће публикације: *Presumption of Guilt: The Global Overuse of Pretrial Detention*, доступно на <https://www.justiceinitiative.org/publications/presumption-guilt-global-overuse-pretrial-detention>, као и *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*, доступно на <https://www.justiceinitiative.org/publications/socioeconomic-impact-pretrial-detention>

и утицаја медијског публициитета на претпоставку невиности и исход кривичног поступка.¹⁶³

Организација *Freedom House* се бави, између осталог, подношењем годишњих глобалних извештаја о степену поштовања политичких права и грађанских слобода. Стање права и слобода изражавају нумерички и дескриптивно за сваку земљу и по групацијама земаља. Такође, прати се да ли је нека земља на листи пала или одскочила у односу на претходну годину. Један од елемената успостављене методологије истраживања је и истраживање процесних права у кривичним поступцима где се посебно утврђује степен заштите претпоставке невиности.¹⁶⁴

Human Rights watch, као једна од најзначајнијих међународних невладиних организација на пољу заштите људских права, бавила се и питањем претпоставке невиности. И ова организација је посебну пажњу посветила глобалном феномену претераног одређивања притвора и услова у притвору. Такође, организација се посебно бавила и питањем третмана лица осумњичених за тероризам и нивоа поштовања њихових процесних права и претпоставке невиности.¹⁶⁵

Из кратког приказа деловања међународних невладиних организација можемо да закључимо да ове организације у погледу начина разумевања претпоставке невиности прате трендове успостављене од стране ЕСЈП. Такође, значајно је и да прихватају концепцију по којој претпоставка невиности представља више од процесног права чији је обим примене само у оквирима суднице. Организације правилно идентификују савремене претње по претпоставку невиности посебно у сфери медијског публициитета. Може се рећи да својим

¹⁶³ Видети више у публикацији: *Innocent until proven guilty? The presentation of suspects in criminal proceedings*, доступно на https://fairtrials.org/sites/default/files/publication_pdf/Fair-Trials-Innocent%20until-proven-guilty-The-presentation-of-suspects-in-criminal-proceedings_0.pdf

¹⁶⁴ Извештај *Freedom in the World* за 2019. годину доступан је на <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019>

¹⁶⁵ Видети више у публикацијама: *PRESUMPTION OF GUILT: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees*, доступно на <https://www.hrw.org/reports/2002/us911/USA0802.pdf>, *The Price of Freedom Bail and Pretrial Detention of Low Income Non felony Defendants in New York City*, доступно на https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1210webwcover_0.pdf

ставовима у доброј мери осветљавају социо-економске последице кршења претпоставке невиности, посебно када је у питању одређивање притвора, чиме излазе из строгог нормативног оквира и пружају увид у шире друштвене последице. Глобална истраживања којима се ове организације баве помажу идентификацији светских феномена и трендова који могу бити у директној или индиректној вези са претпоставком невиности, што државама и међународним организацијама може да помогне у креирању политика.

1.4. ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ ПОД ОКРИЉЕМ СЕ

1.4.1. Вишедимензионална заштита људских права у Европи

Европа је колевка заштите људских права и, у односу на све друге регионе, заштита људских права на тлу Европе има компаративну предност, како у погледу регионалних докумената којим се људска права штите, тако и у погледу механизма заштите. Најразвијенији механизам заштите људских права, у виду постојања међународног суда коме се непосредно обраћа појединац, илустрација је квалитета механизма заштите људских права на европском тлу.

Међутим, поред највишег степена заштите људских права, европски континент је специфичан и по томе што је заштита људских права постављена вишедимензионално, тако да постоји плурализам извора права, као и заштита на више различитих нивоа. На тлу Европе, заштита људских права спроводи се на три нивоа: националном, супранационалном и међународном. На жалост, не може се увек рећи да су три нивоа заштите координисана.¹⁶⁶ Тако, на тлу Европе, људска права су заштићена уставима националних држава, у оквиру Савета Европе ЕКЉП, у оквиру ЕУ Повељом ЕУ о основним правима и ЕКЉП. Преклапање инструмената и механизма заштите људских права неминовно води

¹⁶⁶ G. Di Federico, ed, *The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Instrument*, Springer, 2011, pg 15.

ка плуралитету извора права и правних јурисдикција.¹⁶⁷ Последица плурализма извора, инструмената, механизма и јурисдикција у заштити људских права неретко води ка различитом тумачењу истоветних одредби у зависности од тога да ли се тумаче под окривљеном ЕКЈП или комунитарног права.

Најсложенији је однос Савета Европе и ЕУ на пољу заштите људских права. Првенствено је потребно напоменути да су све земље чланице ЕУ уједно и чланице СЕ, тако да све оне имају обавезе и према СЕ у погледу заштите људских права, па се стога може поставити питање: да ли је посебна заштита на нивоу ЕУ била неопходна?

Уколико се има у виду да ЕУ почива на четири развијене економске слободе – слободи кретања роба, услуга, капитала и људи, не чуди што правни поредак ЕУ суштински почива на заштити ове четири слободе. Ипак, како је правни систем ЕУ сазревао у сложенији систем, постало је јасно да је иманентни судар између економских интереса и људских права неминован и да је стога постало немогуће даље игнорисање питања људских права.¹⁶⁸ Свест о неопходности регулисања људских права у ЕУ појачана је због две тенденције. Прва се тиче конституционалистичких тенденција у оквиру ЕУ, односно жеље да ЕУ добије устав чији би значајан део био посвећен људским правима, што се завршило неславно. Друга тенденција тиче се чињенице да СПЕУ у својој пракси, у значајној мери, користи праксу ЕСЈП. Свест о неопходности регулисања људских права резултовала је Повељом ЕУ о основним правима.

1.4.2. Настанак и архитектура заштите људских права у СЕ

Други светски рат је донео страховита кршења људских права. Окончање овог суровог, дуготрајног и глобалног рата довео је до изградње свести о потреби јачања механизма за заштиту људских права, како на националном, тако и на

¹⁶⁷ J. Callewaert, "The Privilege against Self Incrimination in European Law", *ERA-Forum, Academy of European Law, Trier*, no. 4(2004), 488- 498, pg 489.

¹⁶⁸ T. Kerikmae (ed), *Protecting Human Rights in the EU, Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Springer, Heidelberg, 2014, pg 5.

међународном плану. Истовремено, јача политичко уверење о потреби успостављања јединствених принципа у националним политикама на пољу људских слобода и права. Тако, у Атланској повељи, Рузвелт и Черчил се 1941. године саглашавају о четири основне слободе: слободе мисли и вере, слободе од беде и страха. Као одговор на растући захтев за унапређење слободе, безбедности и заштите људских права, долази до креирања Уједињених нација по окончању рата, као Универзалне декларације о људским правима.

Окончање Другог светског рата доводи и до развоја регионалних механизма заштите људских права. Регионални механизми су почели најбрже да се развијају на тлу европског континента са идејом зближавања европских народа и изградње регионалног система заштите људских права. Тако, две године по окончању рата основана је невладина организација Европски покрет, а непуне три године по окончању рата, међународни комитет Европског покрета организовао је „Европски конгрес“ у Хагу где је усвојена Порука Европљанима о основању владине међународне европске организације. Овај конгрес се сматра каменом темељцем оснивања СЕ, што је уследило годину дана касније, 1949. године¹⁶⁹.

Комитет за правна и административна питања СЕ исте године је започео припрему документа који треба да пружи колективну гаранцију људских права. Комитет је окончао нацрт Конвенције за заштиту људских права и основних слобода 1950. године, а након краћих преговора Конвенција је потписана у Риму исте године. Конвенција је ступила на снагу 3. септембра 1953. године, након што је ратификована од стране 47 држава чланица СЕ. На Конвенцију је до сада усвојено 16 Протокола. Протоколи су како материјалноправне, тако и процесноправне природе.

Првобитна архитектура заштите људских права у оквиру СЕ почивала је на три стуба: Европски суда за људска права, Европска комисија за људска права и Комитет министара СЕ. Међутим, окончање хладног рата, повећан број лица која су се обраћала Суду и повећање броја предмета условиле су одређене измене у

¹⁶⁹ О деловању Европског покрета и коренима настанка Савета Европе видети више у: Д. Поповић, *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд, 2012., стр. 26.

процедуре, али и у архитектури заштите људских права о чему ће бити више речи у посебном поглављу.

Настанак других регионалних организација које у делу својих надлежности имају и заштиту људских права¹⁷⁰, није умањио значај СЕ на пољу заштите људских права. Напротив, може се рећи да је механизам заштите људских права у оквиру СЕ и даље неприкосновен, чему је несумњиво у највећој мери допринео рад ЕСЉП и чињеница да је овај механизам заштите доступан сваком појединцу на тлу Европе. Такође, учвршћењу СЕ на европском трону заштите људских права допринела је и чињеница масовног приступања земаља источне Европе у СЕ након пада Берлинског зида. Утицај Конвенције на друге регионалне механизме заштите ван европског континента је изузетно снажан. Тако, Америчка конвенција о људским правима се у доброј мери развијала управо под утицајем Конвенције.¹⁷¹

Конвенција почива на три основна начела.¹⁷² Прво начело је обавезност сваке државе чланице да јемчи уживање права заштићених Конвенцијом. Друго начело је супсидијарност која означава обавезу држава чланица да у свом правном поретку сваком лицу, које је у њиховој надлежности, пружи заштиту права заштићених Конвенцијом. Треће начело представља обавезу држава чланица да уживање права заштићених Конвенцијом уведу у унутрашњи правни поредак. Начела указују на тројство обавеза држава чланица – да права поштују, штите и

¹⁷⁰ У годинама које су уследиле, европски систем заштите људских права проширио се на још две организације. Прва је Организација за безбедност и сарадњу у Европи Organisation for Security and Co-operation in Europe (ОЕБС), а друга је Европска унија. Док Европска унија подразумева правне механизме функционисање, као и правне обавезе држава чланица, Организација за безбедност и сарадњу у Европи функционише више у политичкој него у правној сфери, а препоруке ове организације, обично се сматрају „меким правом“.

¹⁷¹ О наведеном утицају видети више у: В. Emmerson et al, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet and Maxwell, 2012, pg 6.

¹⁷² Д. Поповић, *op.cit.*, стр. 43-57.

испуне.¹⁷³ Државе своје обавезе према Конвенцији остварују кроз негативне и позитивне обавезе државе.

Конвенција се данас сматра „конституционалним инструментом европског поретка“.¹⁷⁴ Овај закључак није само теоријске природе, он је потврђен и од стране Европске комисије за људска права у одлуци *Chrysostomos, Papachrysostomou and Loizidou v Turkey*,¹⁷⁵ као и ЕСЉП у пресуди *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Tickaret Anonim Sirketi v Ireland*.¹⁷⁶

Поред ЕКЉП, као правног инструмента за заштиту људских права и механизма који служи њеном спровођењу, СЕ има веома значајну улогу на саветодавном пољу. Тако, посебна тела СЕ, као што је Венецијанска комисија, Консултативно веће европских судија и Консултативно веће европских тужилаца, као специјализована тела, пружају саветодавне услуге државама чланицама. Сва наведена тела полазе од заштићених права у ЕКЉП, као и судске праксе ЕСЉП и овлашћена су да дају експертска мишљења о питањима која се односе на владавину права, правосуђе или начин заштите одређених права. Ова тела овлашћена су да дају појединачна мишљења државама или организацијама на њихов захтев, али и да дају општа мишљења. Општа и појединачна мишљења ових тела представљају незаобилазан извор у истраживању права на правично суђење, као предуслова владавине права.

1.4.3. Право на правично суђење и претпоставка невиности у ЕКЉП

ЕКЉП прописује право на правично суђење као једно од тринаест основних људских права и слобода дефинисаних у основном документу

¹⁷³ D. Harris, M. O’Boyle, E. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pg 19.

¹⁷⁴ J. G. Roca, “The Convention’s Hermeneutic Context: A Constitutional Instrument of European Public Order”, in: J. G. Roca, P. Santolaya (eds), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhof, Leiden, 2012, pg 3.

¹⁷⁵ *Chrysostomos, Papachrysostomou and Loizidou v Turkey*, EComHR, Appl.nos. 15299/89, 15300/89, 15318/89, 4 March 1991, para 22.

¹⁷⁶ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Tickaret Anonim Sirketi v Ireland*, ECtHR, Appl.no. 45036/98, 30 June 2005, para 156.

Конвенције. Право на правично суђење је прописано у члану 6. на прилично детаљан начин. Детаљан опис гарантованих права на правично суђење проузроковао је да члан 6. представља најопширнији члан ЕКЉП, одмах после права на слободу и безбедност из члана 5.

Став 1. члана 6. прописује да се право на правично суђење односи на грађанске и кривичне судске поступке. Овај став представља увод у преостала два става који се односе искључиво на права у кривичном поступку. Ставом 1. прописано је право на правичну и јавну расправу у разумном року; право на независан и непристрасан суд образован на основу закона; право на јавно изрицање пресуде и услови под којима је могуће одступање од права на јавност суђења.

Став 2. Члана 6. прописује претпоставку невиности на следећи начин:

- Свако ко је оптужен за кривично дело мора се сматрати невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона.

Очигледно је да је ЕКЉП приступила решењу по коме се претпоставка невиности дефинише као део права на правично суђење. Међутим, начин на који је претпоставка невиности дефинисана указује на идеју аутора текста да претпоставка невиности није само процено право окривљеног, него предуслов правичног поступка. Наиме, за разлику од дефиниције претпоставке невиности из Универзалне декларације, МПГПП и Америчке конвенције о људским правима, који прописују да сваки окривљени *има право да се сматра невиним*, ЕКЉП прописује да је претпоставка невиности обавеза свих према окривљеном, а не право окривљеног у односу на друге. Сличну дефиницију претпоставке невиности налазимо у Америчкој декларацији о правима и дужностима човека из 1948. године, као и каснијим инструментима - Афричкој повељи о људским правима из 1981. године и Азијској декларацији о људским правима из 2012. године, чији текстови су очигледно креирани под великим утицајем ЕКЉП.

Став 3. Члана 6. прописује минимална права окривљеног у кривичном поступку. Ова права су дизајнирана искључиво за кривичне поступке и заправо

представљају таксативну нумерацију најважнијих процесних права окривљеног. Сва права наведена у ставу 3. представљају, како људска, тако и процесна права окривљеног. Ова права обухватају: право на обавештење о природи и разлозима оптужбе; право на довољно времена и могућности за припремање одбране; право да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере, као и право на бесплатног браниоца; право да испитује сведоке против себе и да обезбеди саслушање сведока у своју корист; право на бесплатну помоћ преводиоца.

Начин дефинисања права на правично суђење у ЕКЉП указује да је претпоставка невиности део права на правично суђење, али да уједно представља и предуслов правичног суђења. Претпоставка невиности није просто процено право окривљеног, него обавеза суда, учесника у поступку и трећих лица према окривљеном. Такође, из дефиниције јасно произилази да претпоставка невиности, иако део права на правично суђење, има самосталан живот, независан од других права из права на правично суђење. Ово произилази из чињенице да је претпоставка невиности издвојена у посебан став и одвојена од других права окривљеног у кривичном поступку из става 3. Ипак, пракса ЕСЉП, о којој ће бити речи касније, има различите ставове у погледу тумачења члана 6., хијерархије и међусобног односа појединачних права из овог члана.

1.4.4. Препоруке комитета министара СЕ у односу на претпоставку невиности

Комитет министара СЕ и Консултативна скупштина су основни органи Савета Европе, сходно члану 10. Статута СЕ. Комитет министара је орган који делује у име СЕ. Свака држава чланица је заступљена у Комитету преко министра спољних послова. Комитет је надлежан да унапређује циљеве СЕ, а то чини, између осталог и у форми препорука.

Препоруке Комитета министара су бројне. Међутим, како питање владавине права умногоме зависи од правилне примене права на правично суђење, а посебно процесних права окривљеног, као гаранта правичности поступка, велики број препорука се тиче управо процесних права и појединачних права из корпуса права на правично суђење. Ове препоруке су значајне, јер треба

да представљају путоказ земљама чланицама у погледу начина развоја процесног законодавства и правосудног организационог права. Такође, представљају и путоказ у погледу начина примене претпоставке невиности. Суштински, препоруке почивају на пракси ЕСЈП постигнутој у погледу претпоставке невиности, односно, на неки начин, представљају компилацију пресуда ЕСЈП. Указаћемо само на најважније.

*Препорука CM/Rec(2000)19*¹⁷⁷

Указује да је претпоставка невиности препозната у свим демократским системима и да су јавни тужиоци везани претпоставком невиности тако што су дужни да је поштују и очувају. Такође прописује да јавни тужиоци треба да чувају, као поверљиве, податке добијене од треће стране, посебно уколико је у питању претпоставка невиности. Ова препорука је значајна јер решава могућу дилему у погледу тога да ли је претпоставком невиности везан само суд или је везано и тужилаштво. Препорука осликава став ЕСЈП у погледу везаности јавних тужилаца претпоставком невиности.

*Препорука CM/Rec(2001)10 /19*¹⁷⁸

Прописује да полиција мора поштовати принцип да свако ко је оптужен за кривично дело мора бити сматран невиним док не буде осуђен од стране суда, и да сваки окривљени има одређена права, посебно да буде информисан о оптужби против њега/ње и да се припреми за одбрану путем правне помоћи по свом избору. Као претходна препорука, и ова решава могућу дилему земаља чланица у погледу везаности полиције претпоставком невиности. Став ЕСЈП да се претпоставка невиности примењује и пре формалног почетка кривичног поступка, у фази док се предмет још увек налази у рукама полиције или јавног тужиоца, допринео је доношењу ове препоруке и решавања дилеме у корист претпоставке невиности.

¹⁷⁷ CM/Rec(2000)19, *On the role of public prosecution in the criminal justice system*, 06 October 2000

¹⁷⁸ CM/Rec(2001)10/19, *Public on the European Code of Police Ethics*, 19 September 2001

Препорука CM/Rec(2003)13¹⁷⁹

Ова претпоставка се односи на обавезе државе поводом информација у медијима који се износе у вези кривичних поступака. Препорука подсећа на значај претпоставке невиности у демократском друштву и указује да мишљења и информације које се односе на предмет кривичног поступка могу да буду медијски представљене, само уколико се њима не доводи у питање претпоставка невиности осумњиченог или оптуженог лица. Препорука признаје постојање могућности конфликта претпоставке невиности и права на приватни живот са правом на слободу изражавања и правом на информисање. У случају могућег конфликта, позива државе чланице да се угледају на праксу ЕСЈП у погледу тражења баланса између наведених права.

Препорука CM/Rec(2006)13¹⁸⁰

Узимајући у обзир фундаментални значај претпоставке невиности и право на слободу, као и имајући у виду ненадокнадиву штету која може произаћи из боравка у притвору оним лицима која су ослобођена или је у односу на њих поступак обустављен, значај у односу на њихов породични живот, као и финансијске последице боравка у притвору, а посебно имајући у виду пресуде ЕСЈП и раније препоруке комитета министара СЕ, закључује се да је неопходно усмерити пажњу на то да притвор мора да представља изузетак, а не правило и да увек мора да буде оправдан. Полазећи од људских права и основних слобода, за све особе лишене слободе мора се обезбедити право на припрему одбране и одржања породичних односа, јер боравак у притвору мора да одражава њихов тренутни статус, а то је претпоставка невиности. Значај ове препоруке лежи у чињеници да је Комитет министара препознао директну везу између притвора и претпоставке невиности, као и да је уочио негативне социо економске последице ове релације.

¹⁷⁹ CM/Rec(2003)13 *On the provision of information through the media in relation to criminal proceedings*, 10 July 2003

¹⁸⁰ CM/Rec(2006)13, *On the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*, 27 September 2006

Препорука CM/Rec(2008)11¹⁸¹

Прописује право малолетних лица на претпоставку невиности. Препоруком се изричито наводи да ће се малолетна лица, чија кривица још увек није утврђена, сматрати невиним и да такав статус неће утицати на могућност да касније буду осуђени за кривично дело. Препорука је значајна из разлога што даје јасне смернице у погледу кривичног процесног законодавства за малолетнике, односно препоручује државама чланицама да законодавства, по потреби измене, како би гарантовали претпоставку невиности малолетним лицима.

Препорука CM/Rec(2008)170¹⁸²

Комитет министара је подсећајући на случај *Sunday Times*¹⁸³ и *Kostovski*¹⁸⁴ потврдио се да право на правично суђење из члана 6 ЕКЉП рефлектује фундаменталне принципе владавине права и да заузима истакнуто место у демократском друштву. У овој препоруци Комитет министара је закључио да право на правично суђење обухвата више гаранција из члана 6 и то: претпоставку невиности, право на одбрану и право на суђење у разумном року. Ова препорука је значајна зато што Комитет министара подсећа државе чланице на значај претпоставке невиности за демократско друштво, али и њено место међу другим процесним правима. Препорука изричито наводи предмете ЕСЉП који се односе на претпоставку невиности истовремено указујући на правилан начин разумевања овог начела.

Препорука CM/Rec(2010)1¹⁸⁵

Ова препорука се односи на обавезу пробационе службе да поштује претпоставку невиности. Наиме, она прописује да свака интервенција пробативне службе, пре него што је кривица коначно установљена, захтева информисање и

¹⁸¹ CM/Rec(2008)11, *Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures*, 5 November 2008

¹⁸² CM(2008)170 *The Council of Europe and the Rule of Law - An overview*, 21 November 2008

¹⁸³ *Sunday Times v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.6538/74, 26 April 1979

¹⁸⁴ *Kostovski v Netherlands*, Appl. 11454/85, 29 March 1990

¹⁸⁵ CM/Rec(2010)1, *Council of Europe Probation Rules*, 20 January 2010

пристанак осумњиченог и да та интервенција не може да делује прејудицирајуће на претпоставку невиности. Препорука је произашла из искустава држава чланица и ЕСЉП у погледу кршења претпоставке невиности од стране служби надлежних за спровођење условних осуда.

Препорука CM/Rec(2012)5¹⁸⁶

Прописује обавезу затворског особље да поштује претпоставку невиности лица лишених слободе која нису осуђена од стране суда, као и обавезу да примењују правичне дисциплинске процедуре прописане Европским затворским правилима. Такође, прописује обавезу и поштовања претпоставке невиности затвореника који су осумњичени за дисциплински прекршај док се не докаже њихова кривица. Препорука је првенствено усмерена ка заштити претпоставка невиности притвореника, док се налазе у самом притвору. Међутим, односи се и на спровођење дисциплинских процедура у односу на осуђена лица. И овом препоруком се решава једно од спорних питања у пракси земаља чланица.

Из наведених препорука Комитета министара произилази да ово тело прати рад ЕСЉП и да препорукама државама чланицама сугерише на који начин треба да примењују претпоставку невиности. Посебно је важно што препоруке сугеришу да Комитет министара има шири приступ тумачењу круга лица која су обавезана поштовањем претпоставке невиности, тј. да се обавеза поштовања претпоставке не односи само на фазу суђења и само на суд. Тако, препоруке дају смернице за понашање тужилаца, полиције, затворског особља, служби за надзор лица на условној осуди, затворских служби и коначно медија.

1.4.5. Венецијанска комисија и претпоставка невиности

Европска комисија за демократију путем права, познатија под називом Венецијанска комисија представља независно саветодавно тело СЕ. Основана је 1990. године, после пада Берлинског зида, у налету западноевропског оптимизма да се реформама уставних система земаља источне Европе ове земље могу

¹⁸⁶ CM/Rec(2012)5, *European Code of Ethics for Prison Staff*, 12 April 2012

приблизити либерално демократском западноевропском моделу. Примарни задатак Венецијанске комисије је промоција владавине права и демократије путем давања саветодавних мишљења државама чланицама СЕ у погледу уставних и правосудних реформи, демократских институција, фундаменталних права и других питања од значаја за владавину права. Комисија је састављена од независних експерата који делују у индивидуалном капацитету и не примају налоге од држава порекла. Венецијанска комисија такође има надлежност спровођења различитих студија о владавини права и сачињавања смерница за примену права у одређеној области.

Компилација ставова Комисије у односу на одређено питање из области владавине права уобичајено се сачињава у виду документа под називом контролна листа. Контролне листе представљају збирни приказ најзначајнијих ставова Комисије у односу на одређено питање у служе земљама чланицама приликом израде закона и Устава. Контролне листе су инструмент који служи једноставнијем и бржем претраживању ставова Комисије, те се на основу ставова из контроле листе лако може испитати да ли одређени закон у складу са стандардима Комисије или не.

У документу под називом Контролна листа владавине права, усвојеном од стране Венецијанске комисије 2016. године¹⁸⁷ дат је приказ релевантних докумената који се односе на кључна питања легалитета, правне извесности, спречавања дискриминације и правичног суђења, а све у односу на идеју и изазове владавине права, како је разумеју органи Савета Европе. Претпоставка невиности је обрађена у делу који се односи на правично суђење.

Претпоставка невиности је дефинисана као право које представља предуслов за правично суђење. Као неопходан услов за постојање претпоставке невиности Венецијанска комисија препознаје терет доказивања на страни тужилаштва, при том се позивајући на праксу ЕСЈП у предметима *Barberá*,

¹⁸⁷ CDL-AD(2016)007 Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016).

Messegué and Jabardo v. Spain,¹⁸⁸*Telfner v. Austria*¹⁸⁹; *Grande Stevens and Others v. Italy*¹⁹⁰ Даље је наведено да правила и пракса која се односе на доказе и процес доказивања морају да буду јасна и правична, а сваки ненамерни или намерни утицај извршне или законодавне власти у односу на прејудицирање оцене доказа морају бити избегавани. Исто важи и за друге изворе, као што су приватни медији. Као ризик по претпоставку невиности, Венецијанска комисија препознаје претерано дугачак притвор, сматрајући да се на тај начин може стећи утисак о прејудицирању кривице окривљеног. Закључак о вези између дужине притвора и претпоставке невиности Комисија изводи управо из Општег коментара број 32 о ком је већ било речи.

Венецијанска комисија успоставља стандарде на основу којих се може проверити да ли се у некој земљи чланици Савета Европе поштује претпоставка невиности. Наиме, Комисија је саставила пет питања на основу којих се може оценити степен поштовања овог права. Првенствено, поставља се питање да ли је претпоставка невиности гарантована законом. Друго, да ли постоје јасна и правична правила у односу на питање терета доказивања. Треће, да ли постоје правне гаранције којима се спречавају друге гране власти од давања изјава о кривици окривљеног. Треће питање је везано за друго и Комисија став заснива на пракси ЕСЉП у предмету *Allenet de Ribemont v. France*.¹⁹¹ Четврто питање се односи на гаранције права окривљеног да се брани ћутањем и да не даје исказе којима може да се самооптужује или оптужује чланове породице. Практика ЕСЉП у предметима *Saunders v. the United Kingdom*¹⁹²; *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*¹⁹³ послужила је као инспирација за ову тачку контролне листе. У погледу инкриминације чланова породице, Венецијанска комисија иде мало шире од

¹⁸⁸ *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, Appl.no. 10590/83, 6 December 1988, para 77

¹⁸⁹ *Telfner v. Austria*, ECtHR, Appl.no. 33501/96, 20 March 2001, para 15

¹⁹⁰ *Grande Stevens and Others v. Italy*, ECtHR, Appl.nos.18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 March 2014, para 159.

¹⁹¹ *Allenet de Ribemont v France*, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995, para 32ff.

¹⁹² *Saunders v the United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.19187/91, 17 December 1996, paras 68-69

¹⁹³ *O'Halloran and Francis v the United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.5809/02, 25624/02, 29 June 2007, para 46ff

чистог европског контекста и позива се на Правила процедуре и доказа и то члан 75.1. Међународног кривичног суда. Последње, пето питање се тиче постојања гаранција којима се спречава претерано дуго трајање притвора.

Ставови Венецијанске комисије су базирани на пракси ЕСЈП, што је уочљиво и из чињенице да се Комисија позива на аргументацију из појединачних одлука ЕСЈП. Имајући у виду наведено, може се закључити да Венецијанска комисије представља само један у низу механизма СЕ који има исти циљ – заштиту и промоцију права и слобода гарантованих ЕКЈП.

1.4.6. Консултативна већа европских судија и тужилаца и претпоставка невиности

Полазећи од тезе да је владавина права, поред демократије, носећи стуб СЕ, као и чињенице да је правосуђе гарант владавине права, Комитет министара СЕ препознао је потребу за јачањем улоге правосуђа. Управо због тога, Комитет министара СЕ је 2000. године основао Консултативно веће европских судија, а пет година касније и Консултативно веће европских тужилаца. Оба већа су саветодавна тела СЕ, с тим што, за разлику од Венецијанске комисије, која има шири опсег деловања, ова већа имају надлежност само у питањима везаним за правосуђе, положај судија и тужилаца у демократском друштву, односа правосуђа и медија и слично. Ставови у погледу наведеног, већа изражавају у мишљењима која се односе на одређене теме и инициране су од стране самих већа, или мишљењима која се тичу конкретног питања у држави чланици и могу бити дата на захтев државе чланице или организације из државе чланице.

Консултативно веће европских судија се бавило питањем претпоставке невиности у неколико мишљења.

У мишљењу 7(2005)¹⁹⁴“Правда и друштво“, Веће препоручује земљама чланицама да предузму мере како би се омогућило да се окривљени у судници не појављује са лисицама, чак и у случају када је притворен, као и да се у судницама

¹⁹⁴ The Consultative Council of European judges (CCJE) Opinion No.7(2005) *Justice and society*, 25 November 2005

замене стаклени боксови за окривљеног другим мерама заштите, а све у циљу очувања претпоставке невиности окривљеног. Потврђујући значај медија, као пса чувара демократског друштва, Веће подсећа на обавезу судова да приликом извештавања пронађу баланс између заштићених права – слободе штампе, приватности и претпоставке невиности окривљеног.

У заједничкој декларацији Консултативног већа европских судија и Консултативног веће европских тужилаца „О односу између судија и тужилаца у демократском друштву“¹⁹⁵, тзв. Декларацији из Бордоа, обрађено је питање претпоставке невиности. У овом документу већа недвосмислено указују да обавезу поштовања претпоставке невиности, поред судија имају и јавни тужиоци. Посебно је наглашена обавеза поштовања претпоставке невиности приликом обраћања јавности. Декларација се такође осврће да однос медија према претпоставци невиности указујући на неопходност давања информација о току судских поступака медијима, с обзиром на чињеницу значаја медија у демократском друштву. Са друге стране, Декларација потенцира да информације које званичници дају медијима треба да буду по квалитету и начину формулисања такве да се њима не повређује претпоставка невиности.

У мишљењу 21(2018) „О превенцији корупције међу судијама“¹⁹⁶, Веће указује да судије морају да прихвате извесну дозу критицизма који је „део дијалога између три власти државе са друштвом у целини“¹⁹⁷, у чему медији играју значајну улогу. Веће подсећа да, у случају када постоји критика на рад судова, посебно у вези случајева који су у току, неретко се дешава да критика крши претпоставку невиности тако што је обојена „симплификованим,

¹⁹⁵ The Consultative Council of European Judges (CCJE) Opinion No.12(2009) and The Consultative Council of European prosecutors (CCPE) Opinion No.4.(2009) *Bordeaux Declaration “Judges and prosecutors in a democratic society”*, 8 December 2009

¹⁹⁶ The Consultative Council of European judges (CCJE) Opinion No.21(2018) *Preventing corruption among judges*, 9 November 2018

¹⁹⁷ para 57

популистичким или демагошким аргументима који намерно дезинформишу јавност креирајући неодговорни критицизам правосуђа¹⁹⁸.

Питање претпоставке невиности је било још значајније за Консултативно веће европских тужилаца.

У мишљењу 2(2008) „Алтернативе кривичном гоњењу“¹⁹⁹ Веће посебно наглашава да алтернативне кривичном гоњењу никада не смеју да воде заобилажењу примене процесних права, а посебно претпоставке невиности. У мишљењу 8(2013) „О односима тужилаца са медијима“²⁰⁰ Веће указује на неопходност успостављања правилног баланса између права на слободу изражавања и обавезу обавештавања медија и права на приватност и претпоставке невиности гарантованих ЕКЈП. Веће сугерише да правилно успостављање баланса подразумева баланс између јавног интереса на информисање о судским поступцима и заштите достојанства и интегритета учесника у поступку, који баланс мора бити успостављен уз првенствену заштиту претпоставке невиности окривљеног.

У мишљењу 9(2014) „О европским правилима и начелима који се односе на тужиоце“²⁰¹ познатијем као Римска повеља Веће подсећа на раније дата мишљења о обавези тужилаца да поштују претпоставку невиности, а у мишљењу 10(2015) „О улози тужилаца у кривичним истрагама“²⁰² Веће наводи да ова обавеза не важи само за судове и тужилаштва, већ и за друге државне органе. Интересантно је и мишљење 11(2016) „О квалитету и ефикасности рада јавних тужилаца у борби

¹⁹⁸ para 57

¹⁹⁹ The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.2(2008), *Alternatives to prosecution*, 16 October 2008

²⁰⁰ The Consultative Council of European prosecutors (CCPE) Opinion No.8(2013) *Relations between prosecutors and the media*, 9 October 2013

²⁰¹ The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.9(2014) *European norms and principles concerning prosecutors*, 17 December 2014

²⁰² The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.10(2015) *Role of prosecutors in criminal investigations*, 20 November 2015

против тероризма и организованог криминала²⁰³ у ком Веће наводи да „цурење информација“ о текућим истрагама и кривичним поступцима може да доведе до повреде претпоставке невиности.

1.5. ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ЕУ

ЕУ је међународна организација коју одликују бројни елементи наднационалности. Настала је на идеји унапређења економске сарадње која се остварује кроз четири основне слободе: слободи промета робе, кретања лица и права настањивања, пружања услуга и кретања капитала. Идеја на којој почива ЕУ подразумевала је правну регулацију, односно настанак комунитарног права ЕУ. Људска права и процесна права из кривичног поступка нису била у фокусу интересовања ЕУ. Међутим, развој права ЕУ, а посебно укидање граница међу државама чланицама ЕУ неминовно је водило ка потреби јачања инструмената и механизма за заштиту људских права у оквиру саме ЕУ и потреби унифициране примене процесних права у судским поступцима држава чланица. Стога, можемо закључити да је ЕУ, као сфера слободе, безбедности и правде, један од млађих регулатора на пољу људских права, али и процесних права у кривичном поступку.

1.5.1. Развој људских права у ЕУ

Оснивање ЕЕЗ 1957. године није било праћено идејом стварања инструмената и механизма промоције и заштите људских права. Централна идеја ЕЕЗ била је успостављање јединственог тржишта, прогресивно уједначавање економских политика земаља чланица, континуиран и избалансиран развој економских активности држава чланица, унапређење стабилности, повећање раста стандарда живота и др.²⁰⁴ Игнорисање људских права, као релевантног предмета интересовања ЕЕЗ, касније у ЕУ није дуго потрајао. Наиме, врло брзо је уочено да

²⁰³ The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.11(2016) *The quality and efficiency of the work of prosecutors, including when fighting terrorism and serious and organized crime*, 18 November 2016

²⁰⁴ Члан 2 ЕЕС Treaty

ближа економска сарадња може да утиче на развој људских права, као што ниво развоја људских права може да утиче на економски развој. Такође, земље чланице са конститутивном традицијом указивале су на неопходност потребе да једна тако јака организација буде везана одређеним лимитима, тј. људским правима.²⁰⁵

Логична последица интенције да ЕЕЗ буде ограничена одређеним опсегом људских права, била је везивање органа заједнице за европску традицију људских права развијену у оквиру СЕ, посебно за ЕКЉП. Ова интенција је формализована тек формирањем ЕУ и то у члану F Уговора из Мастрихта 1992. године, односно касније члану 6 Уговора о ЕУ на следећи начин: *Унија ће поштовати основна права гарантована ЕКЉП*. Овом одредбом право ЕУ се трајно веже за људска права и слободе гарантоване ЕКЉП.

У међувремену, 2000. године Европски парламент, Савет министара и Европска комисија су свечано прогласили Повељу о основним правима ЕУ. Овај документ је у тренутку наставка имао само политичку тежину, односно није био правно обавезујући. Он је настао у оквиру идеје да је ЕУ потребан инструмент заштите људских права и да ЕКЉП није довољна за развој и заштиту људских права у ЕУ.

Следећи корак везивања ЕУ за ЕКЉП и ЕСЉП био је предвиђен Нацртом Устава ЕУ²⁰⁶ из 2003. године, који је прописивао да ће ЕУ затражити приступ ЕКЉП. Такође, Нацртом је била обухваћена и измењена Повеља о основним правима ЕУ. Креирање Европског устава био је подухват „осуђен на пропаст“²⁰⁷ с обзиром да је одбијен на референдумима у Холандији и Француској.

Чињеница да идеја Европског устава није успела, само је показала да начин на који су реформе ЕУ требале бити спроведене није био адекватан.

²⁰⁵ M. Kuijer, „The challenging relationship between the European Convention on Human Rights and the EU legal order: consequences of a delayed accession“, *The International Journal of Human Rights*, online 21. November 2018, <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1535433>, pg 2.

²⁰⁶ Draft Treaty establishing a Constitution for Europe, para I 7. 2

²⁰⁷ Б. Кошутин, Б. Ракић, Б. Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, стр. 152

Институционалне реформе ЕУ, су ипак настављене, тако да неуспех пројекта Европског устава није обесхрабрио реформаторе ЕУ. Три године по неуспеху идеје Европског устава усвојен је Лисабонски споразум 2007. године. Лисабонски споразум се у многоме ослања на неусвојени Европски устав. За разлику од Европског устава, Лисабонски уговор не познаје одредбу о априорном примату обавеза из уговора, а са друге стране, у организационом смислу, врши јачање Парламента. Овим уговором укида се подела на три стуба на којима је почивала ЕУ и извршена је прерасподела надлежности међу стубовима. Саставни део Лисабонског споразума чини и Протокол 8 о приступању ЕУ ЕКЉП.²⁰⁸

Лисабонски споразум Повељу ЕУ о основним правима не сматра саставним делом, за разлику од Европског устава. Стога, Повеља²⁰⁹ наставља да постоји као самостални документ. Повеља обавезује органе Европске уније на поштовање слобода и права прописаних Повељом, а суд ЕУ има право да ван снаге стави правне прописе који су са Повељом у супротности. Ипак, значајно је напоменути да се Повеља односи само на земље које су чланице ЕУ и не проширује овлашћења ЕУ изван домена усаглашених кроз уговоре Европске уније.²¹⁰

Приступање ЕУ ЕКЉП је прича која још није завршена. Идеја приступања ЕУ ЕКЉП за циљ има остваривање јаче заштите људских права на тлу ЕУ у виду двоструке судске заштите, што би за последицу неминовно имало нужност усаглашавања ставова између ЕСЉП и СПЕУ и ублажавања тензија и противуречности које се понекад јављају. Протокол 8 Лисабонског споразума

²⁰⁸ Protocol (no 8) relating to article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

²⁰⁹ Charter of fundamental rights of the european union (2000/c 364/01)

²¹⁰ F. G. Jacobs, *The European convention on human rights, the EU charter of fundamental rights and the European Court of Justice, the impact of European Union accession to the European convention on human rights, european constitutional law network* http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/jacobs.pdf (август 2015. године); цитирано према Б. З. Лепотић, *Приступање Европске уније Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода*, докторска дисертација, Правни факултету, Универзитета у Београду, 2016. године, стр. 33.

предвиђа приступање ЕУ ЕКЈП, а са друге стране Протокол 14 ЕКЈП²¹¹ из 2010. године дозвољава могућност ЕУ да приступи ЕКЈП. Међутим, ова оба правна основа нису била довољна да до приступања и дође. Нацрт споразума о приступању ЕУ ЕКЈП између 47 држава чланица и ЕУ израђен је током 2013. године. Европска комисија је од СПЕУ затражила мишљење о компатибилности Нацрта са правом ЕУ, а СПЕУ је у децембру 2014. године издао негативно мишљење²¹² са образложењем да Нацрт није имао довољно у виду специфичности творевине ЕУ.

Без обзира на чињеницу да ЕУ није приступила ЕКЈП, везаност права ЕУ одредбама ЕКЈП и праксом ЕСЈП је на високом нивоу. Ово пре свега због чињенице да члан 6. Уговора о ЕУ прописује обавезу ЕУ да поштује основна права гарантована ЕКЈП. Теоријски гледано, обавезе ЕУ и држава чланица ЕУ у односу на ЕКЈП крећу се у три правца.²¹³ Прво, обавеза држава да поштују ЕКЈП. Друго, обавезност поштовања ЕКЈП и у случају када државе примењују право ЕУ. Треће, примена праксе ЕСЈП од стране СПЕУ. Наиме, СПЕУ на првом месту примењује право ЕУ, али пошто ЕКЈП сматра саставним делом права ЕУ, стога њене одредбе представљају интегрални део комунитарног права.²¹⁴

1.5.2. Развој европског кривичног права

Појам европског кривичног права суштински подразумева кривичноправне механизме ЕУ. ЕУ има одређена овлашћења у кривичноправној материји који произилазе из потребе снажније заштите вредности ЕУ. У том смислу, ЕУ има права да утврђује одређена кривична дела и кривичне санкције ради заштите финансијских интереса ЕУ, тероризма, трговине људима, трговине наркотицима, заштите животне средине, спречавања расизма и слично. Поред наведеног ЕУ, директивама које се тичу одређених елемената права на правично суђење, утиче

²¹¹ Protocol no. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, article 17

²¹² Opinion 2/13 - Opinion of the Court of Justice (Full Court), 18 December 2014

²¹³ G. Di Federico (ed), *op.cit.*, pg 24.

²¹⁴ J. Callewaert, *op.cit.*, pg 489.

на државе чланице да мењају своја национална законодавства. Стога, можемо закључити да постоји утицај права ЕУ на национална законодавства, како у односу на кривично материјално право, тако и у односу на кривично процесно право.

Сарадња држава чланица ЕУ у кривичним стварима је превазишла оквире међународне сарадње у кривичним стварима, с обзиром да тежи ка унификацији појединих делова кривичног материјалног и кривичног процесног права. Може се закључити да тенденције развоја европског кривичног права иду у три основна правца: сарадња у циљу усаглашавања материјалног кривичног права, сарадња у циљу поједностављења и унапређења међународне сарадње у области кривичног права, и оперативна и институционална сарадња у кривичним стварима у оквиру Europol и Европске правосудна мрежа²¹⁵.

Уговором о ЕЗ из 1957. било је предвиђено увођење заједничког тржишта, али укидање физичких и правних препрека за слободно кретање људи остварено је тек Шенгенским споразумом и Шенгенском конвенцијом. Успостављањем четири слободе повећава се проток људи унутар заједница. Државе чланице, поред позитивних ефеката интеграционих процеса, почеле су да се суочавају и са повећаним бројем миграната, организованим криминалом и тероризмом, као и другим криминогеним појавама које су се појавиле као последица губљења контроле спољних граница. Ови проблеми су условили стварање потребе за сарадњом између држава чланица у погледу полицијске и правосудне сарадње.²¹⁶

У погледу процесних права и људских права у судским поступцима, можемо да закључимо да је процес регулисања започео нешто касније, тек од уговора из Мастрихта.²¹⁷ Уговор из Мастрихта предвиђао је да ће ЕУ поштовати

²¹⁵ О правцима развоја видети више у: М. Матић Бошковић, *Европски кривичноправни механизми и њихов утицај на национална законодавства*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, стр. 363.

²¹⁶ Први кораци у том погледу су били формирање Помпиду групе за дроге и Треви групе за вођење и координирање антитерористичких активности, као и различите облици неформалне сарадње у виду повремених састанака министара полиције и правосудја.

²¹⁷ *The Treaty on European Union*, потписан у Мастрихту 7. фебруара 1992. године.

људска права гарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Такође, прописана је надлежност ЕУ да доноси прописе у области кривичног права у оквиру трећег стуба међувладине сарадње, који се односио на сарадњу у правосуђу и унутрашњим пословима. Чланом К.3 прописано је да Европски савет има надлежност за усвајање заједничких ставова, на иницијативу Комисије и држава чланица. Додуше, све одлуке које су се тичале трећег стуба доносиле су се једногласно што је систем сарадње чинио доста ригидним, посебно уколико се има у виду чињеница да се сарадња односила на области које државе чланице сматрају директно везаним за питање суверенитета.

У Амстердамском уговору из 1997²¹⁸ јача се улога ЕУ у области правосудне и полицијске сарадње тако што се у први комунитарни стуб. Ширење надлежности ЕУ у области кривичног права и правосуђа није било прихваћено од стране свих земаља чланица.²¹⁹ Ипак, ефикасан кривични прогон међу земљама чланицама постао је све значајније питање, нарочито у делу који се односио на изручење.²²⁰ Уједно, из Акционог плана за имплементацију Амстердамског уговора²²¹ произилази да поред разлика између земаља чланица, циљ ЕУ је да гарантује грађанима једнак приступ правди и да промовише сарадњу правосудних власти. У кривичноправној материји било је потребно јачање сарадње тужилаштва и дефинисање минималних заједничких правила за кривична дела, процедуре и санкције.

²¹⁸ Уговор из Амстердама од 2 октобра 1997

²¹⁹ Данска, Велика Британија и Ирска нису прихватиле да се комунитарни режим односи и на њих. Такав тренд се наставио и у Уговору из Лисабона. Данска је Протоколом 22 уз Уговор из Лисабона предвидела да неће учествовати у стварима из поглавља IV Уговора из Лисабона. Ипак, уједно је Данска тражила да се Протоколу дода и Анекс којим се утврђује правни режим изузимања од примене (opt-out) и накнадног прикључења примени (opt-in). Слични режими примењују се и на Велику Британију и Ирску.

²²⁰ У циљу унапређења ефикасности изручења, донете су две конвенције о изручењу између држава чланица 1995. и 1996. године

²²¹ Action plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice. Official Journal C 19 of 23 January 1999

Растућа потреба за јачом правосудном сарадњом препозната је и на састанку Савета министара ЕУ у Тамперу у Финској 1999 године²²² на ком је затражено од Комисије да усвоји програме и мере ради примене принципа узајамног признавања пресуда и других судских одлука земаља чланица. Тамперски програм представља први петогодишњи политичко стратешки документ са фокусом на сарадњу у области правде и безбедности. Појам узајамног признавања је постао кључни појам у политици правосудне сарадње у ЕУ. Међутим, узајамног признавања одлука нема без поверења у начин доношења, односно стандарде који се примењују приликом доношења тих одлука. Ово је био разлог због ког је на састанку у Тамперу потврђена неопходност развоја заједничких минималних стандарда неопходних за примену узајамног препознавања, као и заштите индивидуалних права у процесима пред судовима држава чланица.²²³ Уједно, закључком у тачки 37 Тамперу затражено је да Савет и Комисија до краја 2000 усвоје програм мера за имплементацију узајамног признавања. Програм мера имплементације принципа узајамног признавања одлука у кривичној материји²²⁴ усвојен је 2001 године и из њега произилази да узајамно признање засновано на еквиваленцији и поверењу,²²⁵ уз дефинисање области у којима је узајамно признање пожељно.

Како узајамно признање зависи од узајамног поверења, Комисија је веровала да ће појачана видљивост одређених процесних права повећати ниво поверења. Зато је Европска комисија 2003. године израдила Greenpaper у циљу иницирања унификације процесне заштите осумњичених и окривљених у кривичним поступцима у ЕУ²²⁶, а следеће године поднет је и нацрт оквирне одлуке²²⁷. Међутим, овај предлог никада није усвојен, јер шест држава чланица

²²² *The Tampere Conclusions*, 15th and 16th October 1999

²²³ The Tampere Conclusion 33

²²⁴ Programme of Measures to Implement the Principle of Mutual Recognition in criminal matters O.J.C – 021, 15.01.2001., 10-12

²²⁵ C. Janssens, *The Principle of mutual recognition in EU law*, Oxford University Press, 2013, pg 5.

²²⁶ Green paper from the Commission: Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings through the EU, COM (2003) 75 final.

²²⁷ COM/2004/0328 final

сматрало да ЕУ није овлашћена да регулише процесна питања која представљају чисто питање унутрашњег права. Предлог оквирне одлуке уређивао је области које су већ биле признате као људско право у ЕКЈП или у пракси ЕСЈП: право на правни савет, обавезу давања правног савета, обавезу да се обезбеди делотворност правног савета, право на бесплатан правни савет, право на бесплатно тумачење, право на бесплатан превод релевантних докумената, тачност превођења, право осумњиченог да се поступак који се води преко тумача снима, права осумњиченог са посебним потребама, право осумњиченог који се налази у притвору да ступи у контакт с породицом и конзуларним органима, и обавеза да се осумњичени обавести о правима у писаној форми.

2004. године European Council је усвојио Хашки програм²²⁸ који је наследио програм из Тампере, а посвећен је јачању слободе, безбедности и правде у ЕУ. Један од циљева програма је јачање основних права, минималних процесних заштитних механизма и приступ правди. Хашки програм потенцира тезу да је развој еквивалентних стандарда у кривичним поступцима неопходан за даљу реализацију узајамног признања као кључне тачке правосудне сарадње. Штокхолмски програм²²⁹ који је наследио Хашки програм, усвојен је у децембру 2009 године. Штокхолмски програм је потенцирао потребу ЕУ за успостављање стандарда за заштиту процесних права у кривичном поступку што је објашњено растућом потребом за правичношћу поступка у контексту растућег међудржавног криминала који се појавио као последица укидања унутрашњих граница и повећане слободе кретања и настањивања. Потреба за стандардизацијом процесних права је настала, како због јачања узајамног поверења држава чланица, тако и због потребе јачања поверења грађана да ће ЕУ заштити и гарантовати њихова права, ма у којој земљи се налазили.

2009. године ступио је на снагу је реформски уговор Лисабонски споразум којим се два конститутивна уговора ЕУ - Римски и Мастрихтшки амендирају. У

²²⁸ *Hague Programme*, European Council Conclusions, 4/5 November 2004

²²⁹ *The Stockholm Programme* — An open and secure Europe serving and protecting citizens, 2010/C 115/01

односу на питање правосудне сарадње и унификације процесних механизма овај уговор је врло значајан. Првенствено, њиме се окончава захтев за једногласношћу и уводи подељена одговорност у доношењу одлука између Европског парламента и националних влада у Савету. Потом, потенцира се принцип узајамног признања и захтева да суд у једној земљи чланици призна и изврши кривичну осуду из друге земље чланице²³⁰. Такође, предвиђа се полицијска сарадња²³¹ и узајамно признавање прикупљених доказа. Уједно је омогућено стварање европског тужиоца²³²

Само један дан пре ступања на снагу Лисабонског споразума, Council of the EU је објавио Мапу пута за јачање процесних права осумњичених и оптужених лица у кривичним поступцима²³³ и позивао Комисију да стави предлоге у односу на предвиђене мере које се тичу следећих процесних права окривљеног: превод и интерпретација; право да буде обавештен о оптужници; право на правни лек и правни савет; право на комуникацију са родбином, послодавцем и конзуларним представником; специјалне заштитне мере за рањиве окривљене; притвор пре почетка суђења. Мапа пута је инкорпорирана је у Штокхолнски програм за период од 2010 – 2014, а заузела *step by step* приступ којим се „обезбеђује фокусирана пажња на сваку појединачну меру у циљу обезбеђења да ће сваки проблем бити идентификован и решен на начин који ће допринети значају сваке мере.“²³⁴ Мапа пута је покушала да успостави пун каталог процедуралних права у категоријама од А до Е.²³⁵ Мапа пута се показала се крајње делотворном, тако да су до 2014. године усвојене три директиве које се односе управо на процесна права из овог

²³⁰ Члан 82 TFEU

²³¹ Члан 87 TFEU

²³² Члан 86 TFEU

²³³ Roadmap for strengthening procedural rights of suspected and accused persons in criminal proceedings, 2009/C 295/01

²³⁴ Roadmap with a View to Fostering Protection of Suspected and Accused Persons in Criminal Proceedings, 1 July 2009, 11457/09 DROIPEN 53 COPEN 120, para. 11.

²³⁵ А – превод и интерпретација, В- информација о правима и оптужби, С – правна помоћ и правни савет, D – комуникација са сродницима, запосленима, конзуларним представницима, Е – посебна заштита за рањива осумњичена и окривљена лица.

документа,²³⁶ а 2016. године усвојене су још две директиве, од којих се једна односи на претпоставку невиности.²³⁷

Европске интеграције су на пољу кривичног права прешле пут од класичног облика правосудне међународне сарадње у виду међународне правне помоћи путем билатералних и мултилатералних уговора, преко принципа узајамног признавања судских одлука, до процеса унификације права у погледу кривичног материјалног и кривичног процесног права. Узајамно признавање одлука у кривичним стварима креирано је ради унапређења слободног кретања кривичних истрага, гоњења и санкција кроз ЕУ и представља оружје репресивног карактера којим се јачају механизми присиле у оквиру ЕУ.²³⁸ Уједно, развој правног поретка Европске уније, условљава да се појам националног, односно сувереног посматра у светлу наднационалних елемената и питања у којој мери су се државе одрекле дела суверености²³⁹ Уочава се јака тенденција хармонизације и ширења правосудне сарадње засноване на принципу узајамног признања после Лисабонског уговора.²⁴⁰ Слика начина на који се разуме појам суверености у ЕУ представља управо зачетак европског наднационалног права у области кривичног права – грани права која традиционално представља највиши израз суверенитета државе кроз право на примену силе.

²³⁶ Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings; Directive on the right to information in criminal proceedings; Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings and 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.

²³⁷ Directive on the safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings; Directive on certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings.

²³⁸ V. Murschetz, „The future of Criminal Law within the European Union – Union Law or Community Law Competence“ *The Pacific and Europe: The 50th Jubilee of the European Communities*, Hors serie, vol VII, 2007, Faculty of Law, University of Wellington, pg 145 -156, pg 149.

²³⁹ C. Janssens, *op.cit.*, pg 71

²⁴⁰ S. Ruggeri (ed), *Human Rights in European Criminal Law*, Springer, 2014, pg 3.

1.5.3. Претпоставка невиности као људско право у ЕУ

Претпоставка невиности, као људско и процесно право дефинисана је у два извора права ЕУ: Повељи ЕУ о основним правима из 2000. године и Директивни о јачању претпоставке невиности и праву присуства на суђењу из 2016. године.

1.5.3.1. Повеља ЕУ о основним правима и претпоставка невиности

Чланом 48. Повеље Европске уније о основним правима²⁴¹, у поглављу 6 под називом „Правда“ прописана је претпоставка невиности и право на одбрану. Ставом 1 прописано је:

- свако ко је оптужен сматра се невиним док се не докаже његова кривица на основу закона

док је ставом 2. прописано право на одбрану свакоме ко је оптужен.

Из експланаторног документа који се односи на Повељу²⁴² у коментару за члан 48. наведено је да је члан 48. идентичан члановима 6.2. и 6.3. ЕКЉП. Ипак, и овлаш погледом јасно је да је члан 6. став 3. ЕКЉП знатно детаљнији и да по тачкама дефинише појединачно процесна права која се могу сматрати правом на одбрану. Ипак, у експланаторном документу је даље наведено да је, сходно члану 52.3. Повеље прописано да гарантовано право из члана 48. има исти обим права који је гарантован ЕКЉП. Из Коментара Повеље ЕУ о основним правима израђене од стране ЕУ мреже независних експерата²⁴³ произилази да целокупна идеја претпоставке невиности у Повељи почива на ставовима израженим у ЕСЉП²⁴⁴ и на штурој пракси СПЕУ²⁴⁵.

²⁴¹ *Charter of Fundamental Rights*, 2000/C 364/01, 18 December 2000

²⁴² Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007/C 303/02

²⁴³ EU Network of independent experts on fundamental rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, доступно на <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf>

²⁴⁴ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, Appl.no. 10590/83, 6 December 1988; *Salabiaku v France*, ECtHR, Appl.no. 10519/83, 7 October 1988; *John Murray v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 18731/91, 8 February 1996; *Heaney and McGuinness v Ireland*, ECtHR, Appl. no. 34720/97, 21 December 2000; *Saunders v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 19187/91, 17

Из члана 52.3. Повеље под насловом „обим и тумачење права и начела“ произилази да у мери у којој Повеља садржи права која одговарају правима зајамченим ЕКЉП, значење и обим тих права су истоветни правима утврђеним ЕКЉП. Наведено је и да ово не спречава да право Уније предвиди виши степен заштите. Из експланаторног документа у делу који се односи на члан 52. Повеље произилази да је сврха става 3. обезбеђивање конзистенције између Повеље и ЕКЉП.

Из наведеног закључујемо да експланаторни документ указује да не постоји разлика између претпоставке невиности, како је прописана ЕКЉП, и претпоставке невиности из Повеље. Исто важи и за право на одбрану, иако Повеља појединачна права не набраја. Имајући ово у виду, можемо се запитати чему служе права гарантована Повељом, ако су она идентична правима из ЕКЉП, тим пре због чињенице да су све земље чланице ЕУ уједно и чланице СЕ. Одговор проналазимо у члану 51. Повеље који регулише поље примене и из ког члана произилази да се одредбе Повеље примењују на органе, тела, канцеларије и агенције Уније, уз поштовање начела супсидијарности, а на државе чланице само онда када спроводе право Уније²⁴⁶. Међутим, испоставило се да не постоји потпуна сагласност по питању тумачења члана 51. Повеље. Тако је СПЕУ у предмету *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*²⁴⁷ тумачио да се члан 51. односи на област права ЕУ, а не само на органе који примењују право ЕУ. Судија Сафјан је указао да је у предмету *Åkerberg Fransson* примењен „функционални приступ“ у тумачењу обавезе националних судова да примене Повељу, не само на националне прописе који су донети у процесу усаглашавања националног

December 1996; *Minelli v Switzerland*, ECtHR, Appl.no. 8660/79, 25 March 1983; *Petra Krause v. Switzerland*, EComHR, App.no. 7986/77, 3 October 1978; *Engel and others v. Netherlands*, ECtHR, Appl.no.5100/71, 8. June 1976

²⁴⁵ *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, ECJ, C-387/97; *Montecatini SpA v the Commission*, ECJ, C-235/92 P

²⁴⁶ Такође, прописано је да Повеља на шири поље примене права Уније изван њених надлежности, не успоставља нове надлежности или задатке Уније, нити мења надлежности и задатке који су успостављени уговорима.

²⁴⁷ *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, ECJ, C-617/10, 26 February 2013

законодавства с правом ЕУ, већ и на остале националне прописе уколико су неопходни за делотворну примену одредби права ЕУ.²⁴⁸

1.5.3.2. Директива о јачању претпоставке невиности и праву присуства на суђењу

Из Зеленог папира о претпоставци невиности презентованог од стране Комисије 2006. године²⁴⁹ произилази закључак да је узајамно признање кључна тачка правосудне сарадње и да подразумева признање кривичноправних одлука на свим нивоима. Правосудна заштита људских права у поступку признања одлука почива на узајамном поверењу у правне системе националних држава. ЕУ има 10 милиона кривичних случајева годишње.²⁵⁰ Комисија у погледу претпоставке невиности има двоструко интересовање. Прво, у погледу признања одлука у земљама чланицама, а друго по питању садржине права ЕУ којом се јача узајамно поверење. Правни основ за доношење Зеленог папира су чланови 29 и 31 TEU. Зелени папир представља документ који покушава да понуди одговор на питање садржине и појма претпоставке невиности на подручју Европе, при том се у целости ослањајући на богату праксу ЕСЈП у погледу примене члана 6. став 2. ЕКЈП. У трагању за свеобухватном садржином овог правног института Зелени папир препознаје кључна питања примене овог процесног права која су настала у пракси ЕСЈП и права која су повезана са овим правом.²⁵¹ Овај докуменат не нуди одговоре на питања примене претпоставке невиности у погледу излистаних ситуација, већ управо супротно, трага за решењима која постоје у националним правима како би их боље разумели и утврдили у ком обиму и због којих процесних ситуација може да дође до проблема у процесу узајамног признања.

²⁴⁸ Fundamental Rights in the European Union – Role of the Charter after Lisbon Treaty, European Parliament, European Parliamentary Research Service, март 2015, број документа PE 554.168.

²⁴⁹ Green paper The Presumption of innocence, COM(2006) 174, 26.04.2006.

²⁵⁰ CEPEJ Report 2012, referred on pg 37

²⁵¹ Излистане су следеће теме: изјаве које рефлектују кривицу пре одлуке суда; притвор пре суђења; терет доказивања; стандард доказивања; примена начела *in dubio pro reo*; одбијање давања одговора; привилегија против самооптуживања; конфискација имовине; антитерористички закони и сл. У погледу терета доказивања Комисија препознаје три ситуације у којима терет доказивања не лежи само на тужилаштву и то: кривична дела са објективном одговорношћу; кривична дела са обрнутим теретом доказивања и кривична дела која воде ка одузимању имовине.

Штокхолмски програм из 2009. изричито помиње претпоставку невиности позивајући Комисију да испита будуће елементе минималних процесних права оптужених и осумњичених и да испита да ли друга питања, као на пример, претпоставка невиности, треба да буде усмерена у циљу промоције боље сарадње у области правосуђа.²⁵²

У децембру 2013. године Комисија је предложила Европском парламенту Директиву о јачању претпоставке невиности и праву присуства на суђењу на основу члана 82. 2.b Уговора о функционисању ЕУ²⁵³ који прописује могућност успостављања минималних правила у односу на права појединаца у кривичном поступку путем директива, а узимајући у обзир различитост правних традиција и система у земљама чланицама ЕУ.

Пре слања предлога Комисија је сачинила документ Процена утицаја предложених мера.²⁵⁴ У документу је наведено да претпоставка невиности „лежи у самом срцу демократског друштва“²⁵⁵ и да у ЕУ постоји недовољна заштита претпоставке невиности што представља разлог због кога се потцењује узајамно поверење између држава чланица чиме се нарушава принцип узајамног признавања одлука.²⁵⁶ Такође, експерти који су учествовали у изради документа указали су на кршење овог права у односу на лица која нису држављани држава у којим им се суди, као и на чињеницу да су домаћи судови постали све толерантнији у односу на примену претпоставке кривице.²⁵⁷ Заштита коју пружа ЕСЈП оцењена је као недовољна да развије међусобно поверење по овом питању. Са друге стране, указано је да ослањање само на праксу и ставове ЕСЈП по овом

²⁵² *The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting citizens*, 2010/C 115/01, тачка 2.4.

²⁵³ Заједно са Предлогом Директиве за процесну заштиту осумњичене или оптужене деце у кривичним поступцима и Предлогом Директиве о правној помоћи.

²⁵⁴ Процена утицаја је извршена у документу *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for measures on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal processing SWD(2013) 478 final*

²⁵⁵ Процена утицаја, стр 9.

²⁵⁶ Процена утицаја, стр 4.

²⁵⁷ Процена утицаја, стр 10.

питању није добро, из разлога што ЕСЈП поступа *ex post facto* и често се деси да донесе закључак да повреде права није било, иако је до повреде дошло, али на нижим инстанцама пред националним судовима. Стога се закључује да је неопходно развијање минимума стандарда у праву ЕУ, уз примену принципа субсидијаритета и пропорционалности, и да је неопходна примена ЕУ механизма, као што су издавање директива, мониторинг примене од стране Комисије и могућност тражења прелиминарног мишљења СПЕУ. У погледу обима појма претпоставке невиности Комисија полази од праксе ЕСЈП и сврстава облике повреде претпоставке невиности у четири категорије права: 1. право окривљеног и осумњиченог да не буде представљен као крив; 2. правило да је терет доказивања увек на тужиоцу, а да сумња иде увек у корист окривљеног – *in dubio pro reo*; 3. право осумњиченог и окривљеног да не инкриминише себе; 4. право окривљеног да присуствује суђењу.²⁵⁸

Директива на јачању одређених аспеката претпоставке невиности и права окривљеног да присуствује суђењу усвојена је 9. марта 2016. године,²⁵⁹ а примена је започела 01. априла 2018. године. Уједињено краљевство, Ирска и Данска нису учествовале у усвајању Директиве и нису везани њеном применом.²⁶⁰

Текст усвојене Директиве се разликује од текста предлога, имајући у виду да је Европски парламент имао примедбе на предложени текст, након чега је постигнут компромис који је укључио брисање могућности обрнутог терета доказивања, али и уношење потпуно новог члана који није постојао у тексту предлога, а који се односи на „представљање“ осумњиченог и окривљеног.²⁶¹

²⁵⁸ Процена утицаја, стр 8.

²⁵⁹ Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and the right to be present at the trial in criminal proceedings. Директива представља четврту легислативну радњу засновану на Мапи пута.

²⁶⁰ УК и Ирска сходно члановима 1. и 2. Протокола број 21 TFEU, а Данска сходно Протоколу број 22 TFEU

²⁶¹ Више о преговорима који су претходили усвајању Директиве у: S. Cras and A. Erbežnik, „The Directive on the Presumption of Innocence and the Rights to Be Present at Trial, Genesis and Description of the New EU-Measure“, *European Criminal Law Associations forum*, 2016/1, pg 25-35

Директива успоставља минимум права што значи да свака држава има право да пружи шири обим заштите од обима заштите прописаног Директивом.

Ratione personae обим примене Директиве ограничен је искључиво на осумњичена и окривљена физичка лица, а не и на окривљена правна лица.²⁶² Тако, Директива се ограничила на заштиту права искључиво физичких лица управо због праксе СПЕУ која је склона ограничавању права окривљених правних лица у односу на шира права физичких лица у кривичним поступцима.²⁶³ Такође, Директива констатује да је регулисање питања процесних права правних лица у кривичним поступцима преурањено.²⁶⁴

Ratione materiae Директива се примењује искључиво у кривичним поступцима, онако како појам кривичног поступка разуме СПЕУ.²⁶⁵

Ratione temporis Директива се примењује у свим фазама поступка, од почетка до окончања кривичног поступка. Прецизиран је тренутак од ког се сматра да кривични поступак почиње, а када се сматра да се завршава. Директива се примењује од тренутка када физичко лице постане осумњичено, чак и пре него што оно само за то сазна, односно пре него што постане свесно кривичног прогона. Свест окривљеног о постојању кривичног прогона није релевантна за примену Директиве. Примењује се до коначности одлуке којом се одлучује о кривици. Појам коначности одлуке дефинисан је тако што се под коначном одлуком сматра она одлука против које није дозвољена жалба.

²⁶² Искључење примене у односу на правна лица наишао је негодовање Европског парламента у извештају известиоца о предлогу Директиве, тим пре што су се све претходно усвојене Директиве односиле и на правна и на физичка окривљена лица. Ипак, Комитет се чврсто супротставио ставу Европског парламента, након чега је Парламент одустао од захтева. Више о дилемама у погледу претпоставке невиности за правна лица у: S. Lamberigts, „The Directive on the Presumption of Innocence, A Missed Opportunity for Legal Persons?“, *Eucrim The European Criminal Law Associations forum* 2016/1, 36-42

²⁶³ *Commission v SGL Carbon*, ECJ, C-301/04 29 June 2006; *Mannesmannröhren – Werke v Commission*, ECJ, Case T-112/98 20 February 2001; *Orkem v Commission* C-374/87 18 October 1989;

²⁶⁴ Директива, тачка 14

²⁶⁵ Креирање аутономног појма кривичног дела служи ради спречавања ситуација у којима би државе чланице могле да избегну примену Директиве простим измештањем кривичног дела у неку другу грану права, као што је управно.

У односу на претпоставку невиности Директива разликује четири области примене: јавно указивање на кривицу; начин представљања окривљеног и осумњиченог лица; терет доказивања; право окривљеног да се брани ћутањем и право да не инкриминише себе.

Члан 4. прописује обавезу држава чланица да предузму неопходне мере у погледу заштите од изјава јавних званичника којима се јавно указује на кривицу осумњиченог или окривљеног лица.²⁶⁶ Истовремено, прописано је да такве мере не могу да утичу на рад јавног тужилаштва у погледу надлежности кривичног гоњења. Прописан је и изузетак који се односи на давање информација везаних за кривичну истрагу или јавни интерес. У рециталу 18 наведени су примери за такав изузетак, као што је приказивање видео материјала у циљу позивања грађана да помогну у идентификацији осумњиченог и сл.

Чланом 5. прописана је обавеза држава чланица за предузимање мера у циљу обезбеђења да осумњичени или окривљени не буду представљени као криви у судници или јавности, употребом мера физичких ограничења, а пре доношења коначне одлуке. Ово право није било садржано у тексту предлога Директиве и оно је унето накнадно.²⁶⁷ У рециталу 20 описано је шта се све може сматрати недозвољеним мерама, на пример: приказивање окривљеног у стакленој кутији, затворској одећи, са лисицама на рукама или ланцима око ногу. Са друге стране, прописно је да ова обавеза не може спречавати државе чланице да примењују мере физичких ограничења ради безбедности, спречавања бекства или контактирања са трећим особама.

²⁶⁶ Из документа процене утицаја произилази да су елементи претпоставке невиности који су набројани у овом члану преузети из праксе ЕСЈП и то следећих предмета: *Minelli v Switzerland*, ECtHR, Appl.no. 8660/79, 25 March 1983, *Petra Krause v Switzerland*, EComHR, App.no. 7986/77, 3 October 1978; *Allenet de Ribemont v France*, ECtHR, Appl.no. 15175/89, 10 February 1995; *Daktaras v Lithuania*, ECtHR, Appl.no. 42095/98, paras 41-42; *Butkevicius v Lithuania*, ECtHR, Appl.no. 48297/99, 26 March 2002; *Pandy c Belgique*, ECtHR, Req.no.13583/02, 21 September 2006; *Tendam c Espagne*, ECtHR, Req.no.25720/05, 13 October 2010; *Lagardere v France*, ECtHR, App.no.18851/07, 12 July 2012

²⁶⁷ На иницијативу LEAP (Legal Experts Advisory Panel of Fair Trials) LIBE комитету Европског парламента

Члан 6. прописује да је терет доказивања на тужилаштву, али је изричито наведено да ова обавеза не искључује обавезу судије да трага за доказима који иду у корист и на терет окривљеног, као ни право одбране да доставља доказе. Прописана је и обавеза да свака сумња у погледу кривице иде у корист окривљеног, односно прописано је правило *in dubio pro reo*²⁶⁸. Најзначајнији податак из поступка преговора за усвајање Директиве је чињеница да је постојао жесток отпор Европског парламента експлицитном признању могућности обрнутог терета доказивања у тексту предлога²⁶⁹, иако бројне земље чланице познају овај механизам у својим националним системима у виду различитих претпоставки чињеница и права. Ипак, рецитал 22 указује на чињеницу да Директива не одустаје од могућности пребацивања терета доказивања на окривљеног управо путем допуштања постојања претпоставки чињеница или права што је као легитимна могућност признато и од стране ЕСЈП у предмету *Salabiaku v France*.

Чланом 7. прописано је право окривљеног да се брани ћутањем и право да не инкриминише себе. Ово право је детаљно разрађено и обухвата више аспеката: право окривљеног да се брани ћутањем и да не даје исказе или пружа доказе који га могу теретити. Држава не може коришћење овог права од стране окривљеног употребити против окривљеног приликом одлучивања. Са друге стране, држава чланица може узети у обзир понашање окривљеног које сматра кооперативним. Такође, прописано је да се право окривљеног, да не пружа доказе против себе, не односи на законито прикупљање доказа од окривљеног у случају постоје

²⁶⁸ Сходно документу процене утицаја, на креирање текста члана 6. утицале су следеће пресуде ЕСЈП: *Telfner v Austria*, ECtHR, Appl.no. 33501/96, *Barbera, Messegue and Jabardo v Spain*, ECtHR, Appl.no. 10590/83, 6 December 1988 и *Salabiaku v France*, ECtHR, Appl.no.10519/83, 7 October 1988

²⁶⁹ Европски парламент је заузео изразито негативан став у односу на могућност прописивања обрнутог терета доказивања, иако таква могућност постоји у бројним земљама ЕУ (код кривичних дела која се тичу угрожавања безбедности саобраћаја, еколошких кривичних дела или финансијског криминала), а обрнут терет доказивања је препознат као дозвољен (под одређеним условима) и од стране ЕСЈП у случају *Salabiaku v France*, ECtHR, Appl.no.10519/83, 7 October 1988. Више о ставовима Европског парламента који су претходили усвајању Директиве у: S. Cras and A. Erbežnik, *op.cit.*

независно од воље окривљеног.²⁷⁰ Ипак, чини се да је у овој области заштите претпоставке невиности Директива најдаље отишла, експлицитно признајући права која нису произашла из праксе ЕСЈП, односно која иду корак даље у односу на ЕСЈП изричито прописујући обавезу државе да, без изузетка, не сме да изводи закључке на штету окривљеног, из просте чињенице да он само реализује своје процесно право.²⁷¹

Чланом 10. Директиве прописана је обавеза држава чланице да обезбеде ефикасна правна средства за заштиту претпоставке невиности. Такође је прописана обавеза држава чланица да поштују правичност поступка у односу на питање дозвољености доказа који су прикупљени на начин којим се крши право окривљеног да се брани ћутањем или да се не самооптужује. Рецитал 45 се изричито позива на члан 3. ЕКЈП и на UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment²⁷² наводећи да доказ прибављен у супротности са наведеним изворима међународног права, не може бити прихваћен као доказ пред судом.

1.5.4. Претпоставка невиности у пракси OLAF

OLAF је акроним за European Anti - fraud Office или Европску канцеларију за борбу против криминала установљену 1999 године.²⁷³ OLAF се сматра телом Европске комисије. Задатак овог тела је истраживање превара учињених на штету финансијских интереса ЕУ путем интерних и екстерних административних истрага. OLAF је у спровођењу својих надлежности функционално независан од органа ЕУ.

²⁷⁰ На креирање текста члана 6. утицале су следеће пресуде ЕСЈП: *Saunders v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 19187/91, 17 December 1996 и *Condrón v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.35718/97, 2 August 2000

²⁷¹ Процена утицаја, 36

²⁷² UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

²⁷³ *Decision 1999/352/EC, ECSC, Euratom* of 28 April 1999, establishing the European Anti-fraud Office. Донети су и амандмани на одлуку: Amendments: *Commission Decision 2013/478/EU* of 27 September 2013 *Commission Decision (EU) 2015/512* of 25 March 2015 *Commission Decision 2015/2418* of 18 December 2015

OLAF има следеће циљеве: заштиту финансијских интереса Европске уније кроз спровођење истраге превара, корупција и других незаконитих активности; утврђивање и истраживање тешких кршења професионалних обавеза чланова и запослених у ЕУ институцијама и телима; подржавање рада ЕУ институција у припреми и примени законодавстава и политика у области борбе против превара.²⁷⁴

Имајући у виду надлежности OLAF следствено се закључује да је OLAF везан претпоставком невиности, односно да се ово начело мора имати у виду приликом детерминисања положаја и улоге OLAF у кривичним истрагама и односу са окривљеним.²⁷⁵

У циљу обезбеђења права на правично суђење, четрнаест година после успостављања OLAF, усвојена је Регулатива Европског парламента и Савета број 883/2013²⁷⁶ која, у члану 9, прописује процесне гаранције осумњиченим лицима. Регулатива прописује обавезу истражних органа да траже доказе за и против осумњиченог, као и да истрагу спровode објективно и непристрасно, у складу са начелом претпоставке невиности. У погледу процесних гаранција, Регулатива прописује следећа: привилегију забране само оптуживања, право на разумно време за припрему одбране, право на правну помоћ, обавезу обавештавања лица у тренутку када постаје осумњичени, право на подношење доказа и коментарисање прикупљених доказа и право употребе језика. Регулатива 883/2013 је практично изнуђена чињеницом да OLAF претходно није имао успостављене процесне гаранције, а што није било у складу са међународним правом људских права.

²⁷⁴ А. Чавошки, М. Рељановић, *Правосуђе и унутрашњи послови у Европској унији*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 89–93.

²⁷⁵ J.A.E. Vervaele (ed), *European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Intersentia, Antwerpen, 2005, pg 58.

²⁷⁶ Regulation (EU, EURATOM) No 883/2013 of the European Parliament and of The Council of 11 September 2013, ова регулатива је накнадно амендирана регулативом *Regulation (EU, EURATOM) 2016/2030*

О кршењу права на правично суђење и претпоставке невиности од стране OLAF изјашњавао се и Омбудсман ЕУ у одлуци 1748/2006/ЈМА.²⁷⁷ Наиме, 2009. године Омбудсман Никифорос Диамандрос критиковао је OLAF због непоштовања претпоставке невиности током истраге. Радило се о представи поднетој од стране међународног консултанта који је радио на различитим ЕУ пројектима. Почетком 2006. године бивши запослени га је обавестио да је примио OLAF писмо у коме је наведено да је подносилац представке починио различите нерегуларности док је радио на ЕУ пројектима и захтеване су информације о њему. Бивши и садашњи запослени код подносиоца представке су обавештени од стране OLAF на сличан начин. Подносилац представке се потом обратио OLAF и затражио информације о поступку који се против њега води и понудио да достави потребне информације. OLAF га је обавестио да су трећа лица добила минимум информација, а све у циљу прикупљања доказа и наведено је да OLAF поштује људска права и слободе и нарочито начело правичности. Подносилац се обратио Омбудсману наводећи да је OLAF могао да се прво обрати њему директно и навео је да сматра да је поступање OLAF на описани начин довело до озбиљног урушавања његове репутације, што последично доводи у питање његове будуће пословне ангажмане. Такође је навео да је OLAF спроводио истрагу под велом тајности и да му није било омогућено да добије објашњења о наводним оптужбама и да на њих одговори.

Имајући у виду наводе подносиоца, Омбудсман је отворио истрагу која је трајала две године. Омбудсман је, након спроведене истраге, закључио да је OLAF пропустио да информише подносиоца представке о поступку који се против њега води и да није поступио у складу са начелима правичности, непристрасности и да је дошло до кршења претпоставке невиности. Наведени закључак Омбудсман је извео анализирајући праксу СПЕУ у предмету Case T-48/05 *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission*²⁷⁸ ECR, (која пресуда је донета скоро у исто време) и из које произилази да се претпоставка невиности не односи

²⁷⁷ Видети више на:

<https://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/3831/html.bookmark>

²⁷⁸ *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission*, ECJ, Case T-48/05, 8 July 2008, paras 212 and 218

само на кривичне поступке, већ и на све оне друге поступке у којима јавна власт може некога да декларише кривим за неко казнено дело, пре него што је његова кривица установљена. Такође, позвао се и на праксу ЕСЈП у предмету *Y.B. et autres c Turkey*.²⁷⁹ Омбудсман закључује, позивајући се на *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission* ECR,²⁸⁰ да OLAF нема дискреционо право у примени претпоставке невиности. Стога је Омбудсман закључио да OLAF није поступао у складу са чланом 41.1. Повеље о људским правима ЕУ, што је довело до кршења претпоставке невиности

1.5.5. Претпоставка невиности у пракси Омбудсмана ЕУ

Надлежност Омбудсмана ЕУ је да поступа по жалбама уложеним поводом лошег управљања ЕУ институција, агенција и тела. Сваки грађанин, предузеће или удружење у ЕУ може уложити жалбу Омбудсману. Омбудсман има право да прегледа ЕУ документе, позива званичнике да сведоче, отвара стратешке истраге на сопствену иницијативу, а све у циљу заштите људских права грађана ЕУ и других лица у односу на које институције ЕУ одлучују. Од оснивања 1995. године Омбудсман подноси годишње извештаје. Омбудсман се у односу на примену претпоставке невиности од стране институција ЕУ изјашњавао три пута. Поред поменутог извештавања из 2009. године у односу на OLAF, Омбудсман је указао на дужност органа ЕУ да поштују претпоставку невиности још два пута – у извештају из 2001. године и извештају из 2008. године.

У предмету 960/98/PВ²⁸¹ поднета је представка од стране организације која је учествовала у пројектима финансираним од стране Европске комисије а тицао се искоришћавања енергије ветра. Комисија је изведени посао сматрала неадекватним и кршењем уговора, због чега је реаговала и претеча OLAF, тадашња јединица против превара UCLAF која је спровела истрагу у

²⁷⁹ *Y.B. et autres c Turkey*, ECtHR, Req.nos. 48173/99 and 48319/99, 28 October 2004, para 43

²⁸⁰ *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission*, ECJ, Case T-48/05, 8 July 2008, para 45

²⁸¹ Видети више на:
<https://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/1084/html.bookmark>

просторијама организације. Последично, у матичној држави јавни тужилац је такође разматрао случај, након чега је одлучио да нема основа за покретање кривичног поступка. Ипак, у међувремену Комисија је искључила организацију из даљих преговора за нове пројекте, а OLAF је затражио од јавног тужиоца да још једном размотри могућност покретања поступак против организације, што није учињено. Такође, OLAF се обраћао директно медијима наводећи да ће од организације тражити повраћај новца примљеног по основу пројекта наводећи да су средства злоупотребљена. Позивајући се на праксу ЕСЈП и то случај *Alenet de Ribemont v France*²⁸² Омбудсман констатује да, иако јавни званичници могу да обавештавају о кривичним истрагама, они то морају да чине уз поштовање претпоставке невиности. Стога констатује да су званичници OLAF пропустили да поштују овај захтев и да је било неопходно да се ограниче у иступима у медијима само на давање информација о поступку.

У предмету OI/3/2008/FOR Омбудсман је, на сопствену иницијативу, критиковао успостављени систем раног узбуњивања – EWS који представља информатички систем података о компанијама, невладиним организацијама и удружења које, сходно мишљењу Комисије, представљају претњу финансијским интересима ЕУ. Омбудсман прихвата значај Комисије у заштити финансијски интереса ЕУ, али уједно наводи да се странке морају третирати правично уз поштовање фундаменталног правног принципа претпоставке невиности. Стога је Омбудсман затражио од Комисије да обезбеди детаље о броју субјеката обухваћених системом раног узбуњивања, као и правни основ за различите категорије узбуњивања. Уједно је затражено од Комисије да појасни политику информисања странака и објасни доступност жалбених механизма против постављања на листу система раног узбуњивања.

²⁸² *Alenet de Ribemont v France*, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995, para 36

1.5.6. Правично суђење у кривичним предметима - пракса СПЕУ (ЕСЈ)

Суд правде ЕУ је једно од тела ЕУ за које се може рећи да изазива највећу пажњу међу правницима, јер, док једни тврде да је „немилосрдни и стабилни мотор развоја ЕУ, други тврде да је, ништа више, него пристрасна институција“²⁸³

Суд правде ЕУ обухвата: Суд правде у ужем смислу (ЕСЈ), Општи суд (GC), као и специјализоване судове - за сада само Суд за службенике Civil Service Tribunal (CST). Хијерархијски однос између судова постоји и заснива се првенствено на расподели надлежности. Суд правде је традиционално надлежан за одлучивање у споровима који се тичу бившег првог стуба, а Лисабонским уговором је проширена његова надлежност на скоро целокупно подручје трећег стуба, односно предмете који се тичу правосудне сарадње у кривичним предметима и полицијске сарадње. Суд правде ЕУ има надлежности: да даје претходно мишљење, на захтев националног суда, о тумачењу права ЕУ или о ваљаности аката донетих у институцијама ЕУ; да доноси одлуке по тужбама које улажу било државе чланице, институције ЕУ или физичка и правна лица; као и да доноси одлуке у осталим случајевима када то предвиде оснивачки уговори.

СПЕУ је у претежној мери, суд економске материје. Највећи број предмета суда усмерен је на питање тржишта и слободног кретања роба, услуга и грађана; пореза; права конкуренције; интелектуалне својине; питања државне помоћи, пољопривреде; царине. Ипак, у новије време Суд се све више бави и другим областима права које произилазе из надлежности у области хоризонталног режима узајамног признања држава чланица ЕУ, као и правне сарадње у грађанским, управним и кривичним стварима. Не треба занемарити и настанак европског материјалног кривичног права у области еколошке заштите, заштите потрошача, заштите заједничке европске валуте и сл., као ни зачетак настанка

²⁸³ M. Bobek, *Court of Justice of the European Union*, College of Europe, Research paper in law 02/2014, Brugge, pg 1. , доступно на https://www.coleurope.eu/system/files_force/.../researchpaper_2_2014_bobek.pdf?

европског процесног права (директиве о претпоставци невиности и др.). Можемо да закључимо да ће се СПЕУ у будућности у већој мери бавити питањима процесних права у кривичном поступку. За сада се предмети СПЕУ који се тичу кривичног права деле у две категорије²⁸⁴: први се тичу правих институционалних спорова – као што су спорови који се односе на еколошко право или загађење са бродова, а други „прикривених“ институционалних спорова – као што је *Pupino case* о чему ће бити више речи. Други аутори деле одлуке СПЕУ у области кривичног права на одлуке које се односе на: кривично материјално право, кривично процесно право и инструменте узајамног признавања.²⁸⁵

У односу на предмете који су се тicali кривичних поступака у државама чланицама и поштовања процесних права окривљених и лица у односу на које је вођен административни поступак у коме је могуће изрећи санкцију, СПЕУ је имао богату праксу у којој су се искристалисале следеће значајне теме: појам кривичног дела у пракси СПЕУ; право на правично суђење; права жртава; примена начела *ne bis in idem*; разлози за одбијање захтева за изручење.

Појам кривичног дела детаљно је разрађен у пракси ЕСЈП и о томе ће бити више речи касније. Ипак, и СПЕУ развија свој аутономни појам кривичног дела у *Bonda case*.²⁸⁶ У овом предмету Бонда, иначе пољски држављанин, је поднео пријаву извршним властима за исплату стимулације која се односи на пољопривредну производњу. Том приликом је доставио нетачне податке о површини земљишта које је обрадио. Због сумње на превару извршне власти су, позивајући се на правни основ из Регулације ЕУ која се тиче пољопривредне производње, Бонди забраниле даље учешће у програму плаћања. Недуго потом, јавни тужилац Пољске је против њега покренуо поступак због кривичног дела превара. Врховни суд Пољске је затражио од СПЕУ претходно мишљење о томе

²⁸⁴ M. Švarc, CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN CRIMINAL MATTERS, *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. Brno, Masaryk University, 2009, 3, доступно на https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/mezin_soud/Svarc_Michael.pdf

²⁸⁵ М. Матић Бошковић, *op.cit.*, стр. 228-240

²⁸⁶ *Bonda Case*, ECJ, C-489/10, Req. for preliminary ruling, 5 June 2012

шта је правна природа санкције прописане у Регулативи (regulation No1973/2004). СПЕУ је стога морао да објасни које критеријуме примењује приликом процене да ли се ради о кривичном делу или о неком другом кажњивом делу. У тачки 37. пресуде СПЕУ наводи да примењује три критеријума: прво – правна класификација у националном праву; друго – природа кажњивог дела; треће – врста и степен тежине санкције. СПЕУ се изричито позива на одлуке ЕСЈП у погледу одређивања кривичног дела и то пресуду *Engel and Others v. the Netherlands*²⁸⁷, као и *Sergey Zolotukhin v. Russia*²⁸⁸ која пресуда се односи на примену начела *ne bis in idem*. СПЕУ (47) је потом закључио да административна санкција којој је Бонда био изложен, сходно регулативи, не чини кривично дело, нити кривичну санкцију.

СПЕУ се бавио и питањем правичног суђења, као фундаменталног људског права. Још 1989. године СПЕУ је у предмету *Hoechst AG v Commission*²⁸⁹ закључио да треба поштовати право на одбрану као фундаментални принцип и да се чак и у административним предметима, који могу да се окончају санкцијама, ово право мора поштовати. Наиме, радило се о случају у коме је тужилац одбио да се подвргне одређеним истражним радњама, позивајући се на то да су радње незаконите. Након што је искористио национална правна средства, Комисија је донела одлуку о новчаној казни у односу на њега. Потом се тужилац обратио СПЕУ и навео је да је Комисија прекорачила овлашћења и да је процедура била праћена нерегуларностима. Позивајући се на други случај - *Michelin v Commission*²⁹⁰ и интерпретирајући члан 14 Регулative 17, Суд је закључио да је право на одбрану од фундаменталног значаја и да не може бити дерогирано. Такође, у случају *Al/Jubail Fertilizer Co and Saudi Arabian Fertilizer Co v Council*²⁹¹ Суд је подсетио да је право на правично суђење принцип од фундаменталног

²⁸⁷ *Engel and others v. Netherlands*, ECtHR, Appl.no.5100/71, 8 June 1976

²⁸⁸ *Sergey Zolotukhin v. Russia*, ECtHR, Appl.no.14939/03, 10 February 2009

²⁸⁹ *Hoechst AG v Commission*, ECJ, Joined Cases 46/87 and 227/88, 21 September 1989

²⁹⁰ *Michelin v Commission*, ECJ, Case 322/81 (1983) ECR 3461, 9 November 1983, para7

²⁹¹ *Al/Jubail Fertilizer Co and Saudi Arabian Fertilizer Co v Council* C-49/88, 27 June 1991
О наведеном видети више у књизи Е. Сапе, Z. Nooradze, *Effective Criminal Defense in Eastern Europe*, Legal and Reformers Network, 2012, 17

значаја и да мора бити примењивано, не само у административним случајевима у којима постоји изложеност санкцији, већ и у случајевима у којима се спроводи истрага од стране надлежних административних тела која се баве анти дампингом, јер последице санкције могу да произведу значајне последице.

У односу на права жртава СПЕУ је у неколико предмета обрађивао ову тему²⁹² Ипак, најзначајнија пресуда је случај *Pupino*.²⁹³ У овој пресуди Суд је изричито потврдио обавезу националних судова да тумаче домаће право у највећој мери у складу са комунитарним правом, чак и у области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима, иако је у члану 34. Уговора из Амстердама било изричито наведено да оквирне одлуке, као законодавни инструмент трећег стуба, немају непосредно дејство. Суд изричито наводи значај начела лојалности у тумачењу ЕУ права од стране националних судова, као и принципе правне извесности и неретроактивности у процесу тумачења.²⁹⁴ Портпарол Комисије је изјавио да се ради о историјској одлуци којом се јачају правни инструменти у области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима.²⁹⁵ Одлука је донета са очигледним циљем јачања ЕУ интеграција. Иначе, предмет је формиран као претходно питање суда из Фиренце, у једном кривичном предмету који се тичао злостављања деце од стране наставника, о томе – у којој мери се италијански кривични процесни закон може тумачити у складу са Оквирном одлуком о положају жртава у кривичном поступку.

Питање примене *ne bis in idem* је једно од најинтересантнијих питања у пракси ЕСЈП и СПЕУ. *Ne bis in idem* представља људско право и тековину ЕУ. Са становишта националних судова, питање *ne bis in idem* је једно од најспорнијих у примени посебно имајући у виду обавезу држава чланица ЕУ за поступање по захтевима за узајамно признање или извршење европског налога за хапшење или

²⁹² *Pupino*, ECJ, C-105/03, Ref for a preliminary ruling, 16 June 2005; *Giovanni dell'Orto*, ECJ, C-467/05, 28 June 2007; *Katz*, ECJ, C-404/07, 9 October 2008, *Gueye et Salmeron Sanchez Cases*, ECJ, C-483/09 and C-1/10, 15 September 2011, *Giovanardi et al*, ECJ, Case C-79/11, 12 July 2012

²⁹³ *Pupino*, ECJ, C-105/03, Ref for a preliminary ruling, 16 June 2005

²⁹⁴ *Pupino*, ECJ, C-105/03, Ref for a preliminary ruling, 16 June 2005, para 42-44

²⁹⁵ Видети више на: <https://www.euractiv.com/section/security/news/eu-law-supremacy-even-in-criminal-matters/>

европског налога за достављање доказа. СПЕУ се о *ne bis in idem* изјашњавао у више случајева.²⁹⁶ У погледу дефинисања *ne bis in idem* „одлуке Суда имале су утицај и инспирисале Европски суд за људска права у доношењу одлука (*Zoluhkin protiv Русује*)“²⁹⁷

Акционим планом за спровођење Хашког програма предвиђено је увођење европског налога за хапшење и европског налога за извођење доказа.²⁹⁸ Наведена два механизма за циљ имају поједностављење, унапређење и убрзање правосудне сарадње држава чланица у кривичним предметима. Свакако, поред постојећих разнородних кривичноправних система земаља чланица ЕУ, и поред добро осмишљених механизма, у пракси се појавио низ проблема у примени. Неретко се дешавало да земље чланице одбијају извршење налога за хапшење позивајући се на потенцијалну опасност повреде фундаменталних права окривљених у поступцима који се против њих воде. Пред СПЕУ нашли су се предмети са питањем – да ли је могуће одбити извршење захтева за изручење са позивом на непоштовање права на правично суђење у кривичним поступцима?²⁹⁹ Најзначајнији предмет СПЕУ у погледу одбијања захтева за изручење је био *Melloni case*³⁰⁰ У овом случају Суд се изјашњавао о односу националних стандарда и стандарда ЕУ у области фундаменталних права. Кључно питање у овом случају било је: да ли је државама чланицама дозвољено да у сарадњи у кривичним стварима у оквиру ЕУ наметну сопствени, виши ниво заштите фундаменталних људских права него што је то стандард ЕУ.³⁰¹ Мелони је био

²⁹⁶ О елементу *bis* Суд се изјашњавао у бројним предметима *Gözütok and Brügger*, ECJ, C-187/01, 11 February 2003; *Miraglia*, ECJ, C-469/03, 10 March 2005; *Van Straaten*, ECJ, C-150/05, 28 September 2006. О елементу *idem* у предметима *Van Esbroeck*, ECJ, C-436/04, 9 March 2006; *Van Straaten*, ECJ, C-150/05, 28 September 2006.; *Kraaijenbrink*, ECJ, C-367/05, 18 July 2007.

²⁹⁷ М. Матић Бошковић, *op.cit.*, стр. 254.

²⁹⁸ Европски налог за хапшење, као ЕУ механизам, уведен је у правни систем ЕУ Оквирном одлуком 2002/584/ЈНА, која је ступила на снагу 7. августа 2002. године.

²⁹⁹ О овим и другим предметима СПЕУ који се односе на одбијање извршења налога за хапшење, више видети у: L. Klimek, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017, pg 144 .

³⁰⁰ *Stefano Melloni v Ministero Fiscal*, ECJ, C-399/11, 26 February 2013

³⁰¹ V. Franssen, “Melloni as a wake-up call - settings limits to higher national standards of fundamental rights protection”, *European Law Blog*, March 2014., доступно на

италијански бизнисмен који се суочио са кривичним прогоном у Италији, између осталог због преваре, па је у намери да избегне кривични прогон побегао у Шпанију. У међувремену, у Италији је осуђен у одсуству и Италија је затражила од Шпаније да поступи по европском налогу за хапшење и испоручи Мелонија. Шпанске власти су тако и поступиле, ухапсиле Мелонија, али је он користио правна средства против одлука шпанских власти, и коначно се обратио Уставном суду Шпаније, тврдећи да му је повређено право на одбрану, јер је осуђен у одсуству. Уставни суд Шпаније је констатовао да шпански Устав даје гаранције лицима осуђеним у одсуству да имају право на правно средство којим могу да изазову поновно одлучивање у предмету и да се на тај начин суштински штити право окривљеног на одбрану. Истовремено је закључено да такво право не познаје италијански правни систем, односно да не постоји могућност за Мелонија да пред италијанским судовима користи ефективно правно средство којим би могао да оспори одлуку којом је осуђен у одсуству. Са друге стране, сходно оквирној одлуци, захтев за хапшење може бити одбијен или условљен правом на поновно суђење само у ограниченим случајевима, а овај случај није потпадао под те изузетке. Тако је настао јаз између нивоа гаранције фундаменталних права у Шпанији и Италији, као и однос националног права Шпаније и ЕУ кривичноправних механизма. На питање Шпаније, да ли, у складу са чланом 53. Повеље о људским правима изручење може да услови преиспитивањем пресуде у циљу обезбеђења права на правично суђење и права на одбрану, Суд је одговорио да таква интерпретација Повеље није дозвољена и да би се таквим тумачењем потценио примат права ЕУ (58). Стога, Суд је одбио захтев Шпаније да услови извршење налога поновним преиспитивањем пресуде италијанског суда, без обзира на шире гаранције заштите фундаменталних права које нуди шпански Устав. *Melloni case*, као и *Pupino case* су значајни за развој кривичног права ЕУ, јер потврђују примат права ЕУ у односу на права држава чланица, тако што

<http://europeanlawblog.eu/2014/03/10/melloni-as-a-wake-up-call-setting-limits-to-higher-national-standards-of-fundamental-rights-protection/>

заузимају чврст став у погледу начина тумачења националног законодавства и имплементације права ЕУ.

У другом, мање значајном предмету *Ciprian Vasile Radu*³⁰² Немачка је поднела Румунији четири налога за хапшење румунског држављанина због кривичног дела разбојништво, а румунски суд је поставио претходно питање Суду. Разматрајући претходно питање Суд се упустио у анализирање могућности и околности под којима се евентуално може одбити извршење налога за хапшење, а због потенцијалног ризика од повреде фундаменталних људских права. У мишљењу општег правобраниоца истакнуто је да само она кршења која фундаментално уништавају правичност у поступку могу бити релевантна за одбијање извршења налога, а Суд је навео да оквирна одлука којом се уводи европски налог за хапшење, у принципу обавезује и да налог не може да буде одбијен, због, на пример, чињенице да окривљени још није имао прилику да се изјасни о оптужби. У овој пресуди Суд поставља јасне границе дозвољености одбијања извршења налога за хапшење, односно, прецизира да то држава чланица може да учини само у случајевима у којима су правила која гарантују правичност поступка прекршена тако да се више не може говорити о правичном поступку. Ипак, имајући у виду чињеницу да се Суд суштински није упустио у анализу да ли су права окривљеног у односу на кога се тражи изузеће повређена, и уколико јесу, која права и какав је њихов значај, а нарочито, имајући у виду да се Суд није изјаснио о тврдњи окривљеног да му је повређена претпоставка невиности, постоје сумње да је Суд грчевито бранио кривичноправне механизме ЕУ на штету људских права.³⁰³

³⁰² *Ciprian Vasile Radu*, ECJ, C-396/11, Req. preliminary ruling, 29 January 2013, para 35, 43, 83-89

³⁰³ Види: Е. Xanthopoulou, "Radu judgment: A lost opportunity and a story of how the mutual trust obsession shelved human rights", *KSLR EU Blog*, March 2013, доступно на <https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=416#.Wzd-GtIzbDc>

1.5.7. *Kadi case I, II* и претпоставка невиности

Немогуће је говорити о заштити фундаменталних права у поступку, а не поменути *Kadi case*,³⁰⁴ познату пресуду СПЕУ која је узроковала бројне теоријске и практичне контраверзе које су превазишле европски континент и ушле у срж међународног јавног права и фундаменталних људских права.

Укратко, Савет безбедности УНа усвојио је низ резолуција које су садржале листе лица за које постоји сумња да су помагале терористичке организације као што је *Al-Qaeda* и у односу на та лица примењене су санкције у виду замрзавања имовине. Комитет за санкције Савета безбедности УНа је надлежан за даље попуњавање листе новим лицима. Резолуције Савета безбедности усвојене су под окриљем Главе VII Повеље УНа са сврхом очувања међународног мира и сигурности. Стога, све чланице УНа су у обавези да те Резолуције поштују и да их примене. Члан 103. Повеље УНа каже да у случају сукоба између обавеза чланица УНа по Повељи УНа и њихових обавеза према неком другом међународном споразуму, превагу ће имати обавезе по Повељи. Дакле, сходно наведеном, није постојала могућност да се држава чланица, позивањем на национално право или на међународни споразум, изузме од обавезе примену Резолуције Савета безбедности.

Господин Кади, иначе пореклом Египћанин, је успешни пословни човек са добро развијеном пословном мрежом у Европи. Због наводне повезаности са Осамом Бин Ладеном окарактерисан је као могућа подршка тероризму, стављен је на листу Комитета за санкције Савета безбедности и изречена му је санкција замрзавања имовине. ЕУ је усвојила Регулативу³⁰⁵ којом је репродукована листа санкционисаних лица Савета безбедности, чиме је практично имплементирала

³⁰⁴ Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission of the European Union, ECJ, Joint Cases C-402/05 P C-415/05 P, 3 September 2008

³⁰⁵ Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, доступно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32002R0881>

Резолуцију Савета безбедности. Иако, ЕУ није чланица УНа, она је имплементирала Резолуцију Савета Безбедности у име својих чланица, које су уједно и чланице УНа, замењујући их у испуњењу њихових обавеза. Кади и његова компанија су покренуле поступак против Савета пред првостепеним судом European General Court тврдећи да им је повређено право на право на правичан поступак (јер Кади није био обавештен о поступку, није имао право да се изјасни), право на имовину и ефективну правну заштиту (јер не постоји правно средство против одлуке). Првостепени суд је заузео становиште да обавезе које произилазе из Повеље УНа имају примат и није се упуштао у анализу евентуалне повреде фундаменталних права. Ипак, Кади је уложио жалбу, а одлука другостепеног већа је та која је изазвала велику буру. Наиме, другостепени суд је укинуо првостепену пресуду и поништио Регулативу ЕУ.

У другостепеној пресуди Суд подсећа се на европску уставну традицију у области правичног суђења, обим права на правично суђење у ЕКЈП и Повељи о основним правима ЕУ и изражава забринутост у погледу сигурности природе и извора информација у односу на задовољавање гаранција процесне правде (344), а посебно чињеницу да Кади није био обавештен о доказима против њега, нити о постојању сумње, нити је имао на располагању правно средство против одлуке (346, 351, 352). Дакле, другостепени суд се, за разлику од првостепеног, упустио у анализу процесних гаранција права на правично суђење и одсликао судар између УН санкција и фундаменталних права заштићених у праву ЕУ. Иако се у пресуди Кади изричито не помиње претпоставка невиности као људско право, неспорно се може тумачити да се пресуда односи и на ово фундаментално право правичног суђења, јер оно представља предуслов остваривања свих других права чије је непоштовање Суд утврдио.

Какве контраверзе је изазвала одлука СПЕУ? Прва контраверза се веже за питање какав концепт међународног јавног права прихвата ЕУ – дуалистички или монистички?³⁰⁶ Потом, питање значаја владавине права у ЕУ,³⁰⁷ односа извршне и

³⁰⁶ J. Kokott and C. Sobotta, “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance”, *The European Journal of International Law* Vol.23.no.4., 2012, pg 1015-1024.

судске власти у ЕУ³⁰⁸, као и тренд фрагментисања међународног права јачањем владавине права.³⁰⁹ Професор међународног јавног права Универзитета у Кембриџу James Crawford, који је заступао Кадија пред СПЕУ чак је написао песму „Господин Кади и члан 103“ у којој је у последњој строфи опевао како је Кади „убио“ члан 103 Повеље УНа.³¹⁰

Поред теоријског активизма у погледу тумачења могућих теоријских и правних консеквенци, одлука Суда је изазвала директне последице на развој правних механизма у самом Савету безбедности у циљу пружања јачих гаранција ради остварења права на правично суђење, које право је признато и актима УНа (Универзалне декларације и МПГПП). Тако, Савет безбедности је Резолуцијом увео обавезу наративног резимирања одлуке, односно, обавезу писања образложења одлуке која се тиче стављања неког лица на листу.³¹¹

У односу на Кадија, Савет безбедности је накнадно донео још једну одлуку о санкцији замрзавања имовине примењујући управо наративни резиме, односно, дајући образложење одлуке, у односу на коју је ЕУ усвојила нову Регулативу ради имплементације. То је довело до поновног изазивања одлуке Савета безбедности пред СПЕУ у случају познатијем као Kadi II³¹² Суд је поништио нову Регулативу ЕУ о замрзавању имовине и навео да образложење, које неспорно постоји, не испуњава захтеве права на правично суђење, јер је дато у строго формалном и површном смислу, да право на одбрану није суштински размотрено и да Кадију

Више о примени међународног права у унутрашњем праву, као и дуалистичком и монистичком концепту видети у: М. Крећа, *op.cit.*, стр. 76-78

³⁰⁷ K. Lenaerts, “The Kadi Saga and the Rule of Law within the EU”, *SMU Law Review*, volume 67, 2014, 707-715.

³⁰⁸ D. Curtin and C. Eckes, “The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe”, *International Organisations Law Review* 5 (2008), 365-369.

³⁰⁹ K. S. Ziegler, “Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, issue 2, 2009, 288-305.

³¹⁰ Песма је доступна на: <https://www.ejiltalk.org/mr-kadi-and-article-103-by-james-crawford-a-poem/>

³¹¹ Резолуција Савета безбедности УН: SC Res 1822(2008) од 30.06.2008. године

³¹² *Kadi v Commission*, ECJ, T-85/09, 30 September 2010, para 171, 184

нису пружене стварне правне гаранције права на одбрану што је довело до повреде права на правну заштиту. Дакле, и у *Kadi II* одлуци Суд је заузео исто становиште сматрајући да уведена обавеза образлагања одлуке Савета безбедности није допринела гаранцијама правичног суђења.

Kadi II одлука је деловала отрежњујуће на Савет безбедности и очигледно због бојазни да би и други национални или међународни судови могли да почну да деле мишљење са СПЕУ, приступило се унапређењу права на правично суђење у оквиру Савета безбедности и Комитета за санкције Савета безбедности. Тако, Савет безбедности уводи ново тело – Омбудсмана у поступак који претходи идентификацији лица које санкционише,³¹³ а накнадном Резолуцијом значајно јача улогу Омбудсмана.³¹⁴ Омбудсману се даје квази судска улога која треба да обезбеди противтежу дипломатској природи поступања у оквиру Комитета за санкције.³¹⁵

Можемо да закључимо да су одлуке *Kadi I* и *Kadi II* произвеле веће последице по Савет безбедности УН, него по ЕУ. Када се прашина око пресуде слегла, песнички изражена тврдња, да је Кади „убио“ члан 103 Повеље УНА оцењена је као претерана, јер би се пре могло рећи да је СПЕУ навео Савет безбедности да унапреди систем излагања санкцијама³¹⁶ и усклади га са гаранцијама права на правично суђење који су прописани и у документима УНА.

Да ли ће Омбудсман бити довољна гаранција и да ли ће проћи тест СПЕУ, остаје да видимо. Оно што је упечатљиво јесте чињеница да обе резолуције којима се оснива Омбудсман и јачају његова овлашћења не прописују обавезу Омбудсмана на претпоставку невиности, нити обавезу поштовања других процесних права која би пружала гаранције права на правично суђење. Иако је

³¹³ Резолуција Савета безбедности: SC Res 1904(2009) од 17.12.2009. године

³¹⁴ Резолуција Савета безбедности: SC Res 1989(2011) од 17.06.2012. године

³¹⁵ J. Kokott and C. Sobotta, *op.cit.*, pg 1021, као и C. Tomuschat, „The *Kadi* Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?“, *Yearbook of European Law*, Volume 28, Issue 1, 1 January 2009, pg 661.

³¹⁶ A. Kaczorowska – Ireland, *European Union Law*, Fourth edition, Routledge, New York, 2016, pg 282.

неспорно да је СПЕУ видео Савет безбедности као неку врсту трибунала који, самим тим, мора да поштује правила права на правично суђење, чини се да Савет безбедности накнадним одлукама о успостављању Омбудсмана није ишао у том правцу. Наведено иде у прилог тврдњи да Савет безбедности УНа не препознаје право на правично суђење, па самим тим ни претпоставку невиности, као *jus cogens*, нити је унапређењем процедуре, за сада, изразио жељу да наведена права дигне на ниво *jus cogens*.

Аргументација Одлуке СПЕУ у случајевима *Kadi I* и *Kadi II* у многом је подсетила на ранију одлуку Савезног уставног суда Републике Немачке *Bundesverfassungsgericht* из 1974. године, познатију као „*Solange I*“³¹⁷, којом је немачки суд одлучио да задржи право преиспитивања активности ЕУ у погледу усклађености са националним основним правима *све док* (*solange*) не постоји довољна заштита на нивоу ЕУ. Ипак, исти суд је 1986. године донео одлуку познатију као „*Solange II*“³¹⁸ у којој је Суд закључио да више не постоји потреба за преиспитивањем *све док* (*solange*) ЕУ одржава високе стандарде заштите основних права. Будући да се аргументација СПЕУ у *Кад* случајевима суштински подударна са *Solange I* аргументацијом, остаје да видимо да ли ће Савет безбедности УНа развити стандарде заштите фундаменталних права у довољној мери да СПЕУ може да донесе одлуку *Solange II* типа.

Значај случајева *Kadi I* и *Kadi II* је неспоран. Међутим, поларизовање ставова СПЕУ између „тврдог плурализма и тврдог конституционализма“³¹⁹ у првостепеној и другостепеној пресуди *Kadi I* довело је само до пребацивања фокуса са питања људских права на терен дуалистичких или монистичких теоријских концепција, односно идеје фрагментације међународног права.

³¹⁷ Савезни уставни суд Републике Немачке одлука BverfGE 37, 271 (1974), доступно на https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2000/06/Is20000607_2bv1000197en.html

³¹⁸ Савезни уставни суд Републике Немачке одлука BverfGE 73, 339 (1986), доступно на https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2000/06/Is20000607_2bv1000197en.html

³¹⁹ Б. М. Ракић, „Европски суд правде између људских права и борбе против тероризма – однос међународног и европског права“, *Анали Правог факултета у Београду*, 2/2009, 155-185, стр. 175.

Правилно указује Ракић³²⁰ да је СПЕУ био у јединственој прилици да пружи треће решење између два поларизована става. Наиме, СПЕУ је „имао могућност и обавезу, не само да цени склад оспорене уредбе са правилима о заштити људских права из комунитарног правног поретка, већ и са правилима о заштити људских права која постоје на нивоу Уједињених нација“.³²¹ Као што се може видети из претходног излагања, инструменти заштите људских права у судским поступцима на нивоу УНа прописују идентичан корпус права као и СЕ и ЕУ. Дакле, проблем одлуке СБ није требало тражити у чињеници да би се применом ове одлуке кршила заштићена права у ЕУ, већ у чињеници да би се њеном применом кршила и заштићена права УНа.

1.5.8. Претпоставка невиности у пракси СПЕУ

У односу на претпоставку невиности пракса СПЕУ није богата, али можемо да претпоставимо да ће примена Директиве о претпоставци невиности у будућности донети значајно више предмета и да ће СПЕУ у већој мери морати да се бави овим питањем. Међутим, питање претпоставке невиности не може се посматрати изоловано од других, напред наведених, случајева у којима је СПЕУ одлучивао у погледу основних процесних права у кривичним поступцима. Због тога, разумевање и тумачење одлука СПЕУ у погледу претпоставке невиности мора почивати управо на тим одлукама.

Пракса СПЕУ је до сада, у погледу претпоставке невиности, обухватала следећа питања: да ли је претпоставка невиности део права ЕУ (пре Повеље); на која лица се претпоставка примењује; да ли се претпоставка невиности односи само на кривичне или и на друге поступке; обрнут терет доказивања; самооптуживање.

³²⁰ Б. М. Ракић, *op.cit.*, стр. 175.

³²¹ Б. М. Ракић, *op.cit.*, стр. 181.

1.5.8.1. Претпоставка невиности као део права ЕУ

На питање да ли је претпоставка невиности део права ЕУ, Суд је дао одговор у предмету *Hüls v Commission*³²² Суд је био у прилици да се изјашњава о томе да ли се претпоставка невиности примењује и на пољу конкуренцијског права и у којој мери. Наиме, радило се о случају у коме је у односу на произвођача хемијских производа из Немачке Комисија изрекла санкцију у износу од скоро 6 милиона немачких марака, а због кршења Полипропиленске одлуке у виду фиксирања цена и договарања процената тонажних циљева са конкурентским компанијама на тржишту ЕУ. Хулс је затражио поништај одлуке Комисије пред првостепеним судом СПЕУ. Првостепени суд је сматрао да је Комисија имала право да изрекне санкцију и да је то учинила у складу са правом ЕУ, с тим што је својом одлуком новчану санкцију у мањој мери ублажио. Хулс је потом уложио жалбу другостепеном суду. Како је првостепена пресуда почивала, између осталог, и на утврђеној чињеници да је Хулс присуствовао састанцима произвођача полипропилена на којим састанцима су биле договаране инкриминисане активности, Хулс је у жалби тврдио да само присуство састанцима не значи и да је он прекршио правила и да се таквим начином утврђивања чињеница и закључивања крши његова претпоставка невиности, јер присуство састанцима може да изазове само сумњу у ком случају, а у недостатку других доказа, Суд би требало да примени правило *in dubio pro reo*.

Хулс је такође тврдио да се претпоставка невиности има применити и на административне процедуре и да представља принцип комунитарног права. Комисија је, са друге стране, тврдила да није прекршена претпоставка невиности, јер првостепени суд није захтевао од Хулса да успостави своју невиност, већ је просто закључио да није било довољно доказа који би оправдали необично понашање Хулса, у смислу његовог учествовања на спорним састанцима. Другостепени суд је подсетио да је претпоставка невиности прописана ЕКЈП као фундаментално право и да је реafirмисана у ТЕУ и заштићена у комунитарном праву. У следећој тачки Суд је навео да се принцип претпоставке невиности

³²² *Hüls v Commission*, ECJ, C-199/92P, 8 July 1999, paras 62, 148-150, 170.

примењује и на поступке кршења конкуритијских правила чије кршење може да резултује излагањем санкцијама. Ипак, значајно је да у погледу анализе првостепене одлуке, али само у делу који се тиче фиксирања цена, другостепени суд наводи да је првостепени суд погрешно захтевао од Хулса да доказује своју невиност у погледу активности фиксирања цена.

У случају *Montecatini Spa v. Commission*³²³ Суд је поново био у прилици да одлучује о претпоставци невиности у конкуритијском праву. И у овом случају радило се о произвођачу полипропилена у односу на кога је Комисија изрекла санкцију због договарања са другим произвођачима истог производа и стварања „велике четворке“ на тржишту чиме су тржиште учинили затвореним за друге произвођаче. Предузећу Монте, од стране Комисије, изречена је казна од 11 милиона евра. Након што је првостепени суд одбио захтев за поништај санкције којој је Монте био изложен, Монте је уложио жалбу у којој је навео да је био изложен обрнутом терету доказивања и да је прекршена претпоставка невиности. Другостепени суд је првенствено закључио да је претпоставка невиности део права ЕУ са истим аргументима како је то учињено и у пресуди Хулс, а у следећем параграфу је истакао да се претпоставка невиности примењује и у поступцима изрицања санкција за кршење конкуритијског права, посебно имајући у виду тежину потенцијалних санкција. Након што је размотрио све наводе подносиоца жалбе у делу који се тиче наводног кршења претпоставке невиности, другостепени суд је закључио да првостепени суд није прекршио претпоставку невиности Монтија.

Обе наведене пресуде указују на три ствари. Прво, да је СПЕУ препознао препознао претпоставку невиности као део права ЕУ и пре него што је ово фундаментално процесно право прописано Повељом о људским правима ЕУ (2000). Друго, да је Суд препознао терет доказивања и *in dubio pro reo* као елементе претпоставке невиности и да их је тако разматрао. Треће, приметно је да је СПЕУ у првим предметима у којима се бавио претпоставком невиности дао

³²³ *Montecatini Spa v. Commission*, ECJ, C-235/92, 8 July 1999, paras 172, 175, 176, 181

овом начелу шире поље примене у односу на ЕСЈП који је претпоставку невиности резервисао само за кривичне поступке.

1.5.8.2. *Ratione personae u rationae materiae*
претпоставке невиности

У предмету *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*³²⁴ покренутом због кршења обавеза од стране Грчке у односу на правила о одлагању токсичног и опасног отпада, Суд се изјашњавао и о претпоставци невиности закључујући да се држава не може позивати на то право. Претходно је у изнетом мишљењу Advocate general навео да би право државе да се на њу примењују гаранције које су резервисане за физичка лица био апсурд, али да то истовремено не значи да држава губи остала процесна права у поступку.

У предмету *Franchet and Byk v. Commission*³²⁵ Ив Франше и Данијел Бик, службеници Комисије, су поднели су тужбу за поништење одлуке OLAF и Комисије којом им је одбијен приступ документима у вези са истрагом која се односи на EUROSTAT. Тужиоци Франше и Бик су бивши генерални директор и директор EUROSTAT, а неколико интерних извештаја је указало да је за време њиховог мандата дошло до финансијских злоупотреба. OLAF је започео предузимање радњи ради утврђивања евентуалног постојања финансијских злоупотреба и превара. Франше и Бик су тражили приступ одређеним OLAF документима, као што су дописи упућени белгијским и француским судским властима, комуникација OLAF и Комисије, али су одбијени. СПЕУ је закључио да OLAF истраге могу да воде ка дисциплинском или чак кривичном поступку и ако су такви поступци иницирани, да сви органи морају да поштују претпоставку невиности. Ова одлука је послужила као инспирација Омбудсману ЕУ у даљим одлукама које су се тичале OLAF.

³²⁴ *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, ECJ, C-387/97, 4 July 2000, paras 41, 42

³²⁵ *Franchet and Byk v Commission*, ECJ, Joint cases T391/03, T70/04, 6 July 2006

1.5.8.3. *Обрнут терет доказивања и самоинкриминација у пракси СПЕУ*

Обрнут терет доказивања је разматран у *Rubach Case*.³²⁶ Предмет је формиран по захтеву за прелиминарно мишљење пољског суда у погледу интерпретације Регулативе која се односи на заштиту и трговину примерцима дивље флоре и фауне која је усвојена на основу Међународне конвенције о трговини угроженим врстама флоре и фауне. Националним законодавством Пољске прописана је кривична санкција (казна затвора) за кршење прописаних одредби. Господин Томаш Рубак је на тераријумским сајмовима купио егзотичне пауке заштићеног рода, узгајао их и нудио на продају путем интернета. Пресудом првостепеног кривичног суда у Пољској ослобођен је кривице, јер је суд нашао да предузете радње не представљају кривично дело. Тужилац се жалио, па је пресуда укинута и враћена на поновно суђење. Првостепени суд је закључио да окривљени може избећи одговорност само ако утврди извор порекла животиња или достављањем доказа која могу послужити за тражење извора и потом се обратио СПЕУ са питањем да ли је оваква регулатива у складу са претпоставком невиности. СПЕУ је узео у обзир претпоставку невиности, како је схвата ЕСЉП али и, како каже, расподелу терета доказивања у погледу утврђивања да ли су примерци врста стечени законито. Стога СПЕУ закључује да, у светлу принципа претпоставке невиности, начелно јесте прихватљиво утврђивање законитости стицања животињских примерака, и да се тиме не би прекршила претпоставка невиности, јер је окривљени имао право да достави сваки доказ у циљу доказивања законитог стицања животиња које има у поседу.

Питање односа претпоставке невиности и самоинкриминације СПЕУ решавао је у предмету *Orkem v Commission*³²⁷. Од Суда је затражено да одлучи о томе да ли је одлука Комисије, на основу које Комисија захтева достављање информација, законита. Одлука је донета као резултат истраге о постојању недозвољеног споразума произвођача у термопластичној индустрији. Правно лице Оркем је тврдило да је оваквом одлуком Комисија приморала правна лица на

³²⁶ *Rubach Case*, ECJ, Req. preliminary ruling C-344/08, 16 July 2009, paras 19,30,31

³²⁷ *Orkem v Commission*, ECJ, C-374/87, 18 October 1989, paras 18, 28, 29, 32, 35

достављање доказа којим себе инкриминишу, да им је повређено право на одбрану и општи принцип да нико не може да буде натеран да сведочи против себе, као и да предметна Регулатива не обезбеђује право на одбрану ћутањем. СПЕУ подсећа да права држава чланица обезбеђују привилегију против самоинкриминације само физичким лицима, не и правним лицима, у кривичном поступку³²⁸. Такође, СПЕУ подсећа да члан 6. ЕКЉП не треба тумачити тако да се њиме даје привилегија лицима у поступку да не дају никакве информације, нити то произилази из праксе ЕСЉП. Са друге стране, СПЕУ подсећа да је претпоставка невиности фундаментално право у поступку, као и на то да Комисија мора да ограничи своја овлашћења до те мере да не штети праву на одбрану, као фундаменталном принципу и закључује да Комисија не може да примењује своја овлашћења тако што ће приморати на обавезу достављања података из којих произилазе кршења права, јер је на Комисији да докаже да такво кршење постоји, односно, терет доказивања је на Комисији.

Други значајан предмет СПЕУ који се тиче самоинкриминације је *Mannesmannröhren-Werke v. Commission*.³²⁹ Ова пресуда је донета након чувене пресуде ЕСЉП у случају *Funke*³³⁰, а тужиоци су се позивали управо на овај случај тврдећи да им је било повређено право на заштиту од самоинкриминације. Предмет је формиран по захтеву правног лица *Mannesmannröhren-Werke* за поништај одлуке Комисије у погледу достављања информација, које по уверењу тужиоца могу представљати самоинкриминацију правних лица. Комисија је тврдила да током поступка прелиминарне истраге правна лица имају обавезу да достављају Комисији сва документа која се односе на релевантне чињенице. У том поступку правна лица имају извесна права, али не и право да се уздрже од одговора на основу њихове процене да ли такав одговор за њих може да буде штетан. Подносилац представке, са друге стране је тврдио да има право да не

³²⁸ Додуше, СПЕУ подсећа да је у случају административних процедура, које могу резултовати санкцијама, неопходно спречити неповратно оштећење права на одбрану у току прелиминарне процедуре испитивања и да се ово право не односи само на физичка, него и на правна лица, подсећајући на случај *Hoechst v Commission*, ECJ, Joint cases 46/87 227/88, 21 September 1989

³²⁹ *Mannesmannröhren-Werke v Commission*, ECJ, T-112/98, 20 February 2001, paras 28, 64, 75, 78

³³⁰ *Funke v France*, ECtHR, Appl.no.10828/84, 25 February 1993,

сведочи против себе и позвао се на члан 6.2. ЕКЈП и предмет *Funke*. Суд је поновио закључак из предмета *Orkem* да је неопходно спречити да током прелиминарних истражних радњи право на одбрану буде непоправљиво оштећено, али наводи да се подносиоци представке не могу директно позивати на ЕКЈП и праксу ЕСЈП пред СПЕУ као ни на Повељу о људским правима ЕУ, јер тај правни акт није постојао у време када се догађај одиграо. СПЕУ закључује да сама чињеница да је правно лице обавезано да Комисији одговори на одређена питања и да се придржава захтева у погледу начине израде докумената, не може представљати кршење права на одбрану или права на правичан поступак, јер ништа не спречава правна лица да касније у поступку докажу да предметне чињенице имају другачије значење од оног значења каквим га представља Комисија.

1.5.8.4. Директива о претпоставци невиности у пракси СПЕУ

Иако је Декларација о претпоставци невиности започела са применом тек 2018. године, пред СПЕУ појавио се предмет који се тиче управо Декларације. Ради се о предмету *Milev*.³³¹ Радило се о случају у коме је бугарски суд затражио претходно мишљење у контексту кривичног поступка који води. Наиме, из захтева бугарског суда произилази да постоји несагласност између праксе бугарских судова и праксе ЕСЈП у погледу претпоставке невиности што је констатовано и у пресудама ЕСЈП, као и то да је врховни суд Бугарске такву праксу уочио и да је сугерисао измену законодавства, а до тада је преосталим судовима оставио на оцену да ли ће применити национално законодавство или ЕКЈП, у складу са праксом ЕСЈП. У светлу Директиве, чије примена још није започела, бугарски суд је затражио од ЕСЈП да протумачи Директиву у делу који се односи на притвор и претпоставку невиности, односно, да одговори да ли Директива поништава наведени став врховног суда. ЕСЈП је закључио да се током периода, од усвајања до почетка примене Директиве, државе чланице морају суздржавати од свих активности и интерпретирања права у маниру који би

³³¹ *Emil Milev*, ECJ, Req. preliminary ruling C-439/16 PPU, 27 October 2016

могао довести до озбиљног угрожавања ефеката Директиве, али сматра да конкретни став врховног касационог суда није такве природе.

1.6. МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВОСУЂЕ, ПРАВИЧАН ПОСТУПАК И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У СТАТУТИМА И ПРАВИЛИМА ПОСТУПКА

1.6.1. Настанак међународног кривичног правосуђа и претпоставка невиности у међународном хуманитарном праву

Спровођење кривичних поступака вековима је било резервисано само за државе. Односно, право на кривично гоњење и кривичну осуду лежало је искључиво у рукама суверених држава и представљало је суштински израз суверенитета државе. Кључни израз суверенитета државе било је управо право на употребу силе, самим тим и на кривично санкционисање. Међународна заједница није имала право кривичног гоњења и санкционисања. Међутим, развој међународног јавног права и међународног хуманитарног права, захтевао је и адекватан одговор међународне заједнице у односу на тешка кршења међународног права. Са друге стране, државе су показале пристрасност у суђењу злочина³³², али и немоћ у спровођењу међународних санкција.³³³ Све су ово били разлози за настанак првих међународних судова који су имали кривичноправну надлежност. Настанак међународних судова у области кривичног права неспорно је довео до релативизације државног суверенитета у области кривичног права³³⁴

Први покушај оснивања међународног кривичног суда потиче из Версајског мировног уговора којим је предвиђено да се бивши немачки кајзер позове на одговорност за злочине у Првом светском рату. До реализације ове идеје није дошло, јер је Холандија сматрала да међународним уговорима такве радње

³³² Видети више о Лајпцишким процесима у: М. Шкулић, *Међународни кривични суд*, Досије, Београд, 2005, стр. 31

³³³ А. Касезе, *op.cit.*, стр. 3

³³⁴ В. Ivanišević, *et.al.*, *Vodič kroz Haški tribunal – propisi i praksa*, Мисија ОЕБС у Србији, 2007, стр. 195.

нису биле предвиђене као кривична дела, а са друге стране, позвала се и на право на азил побеђенима.³³⁵ Потом су уследили неславни покушаји у оквиру Друштва народа, у периоду између два светска рата, у циљу оснивања Међународног кривичног суда за тероризам. Међутим, прво успешно оснивање међународног кривичног суда десило се тек после Другог светског рата оснивањем Међународних војних трибунала у Нирнбергу и Токију.³³⁶ Иако су мотиве за оснивање и начин функционисања војних трибунала пратиле бројне контраверзе,³³⁷ можемо рећи да су ова два војна трибунала утрла пут свим каснијим међународним кривичним судовима и трибуналима, пре свега у погледу увођења англосаксонског типа кривичне процедуре који карактерише пасивна улога суда у прикупљању и оцени доказа. Потом, у погледу успостављања основног принципа правичног суђења - *fair trial*, који подразумева гарантовање фундаменталних права окривљених чиме се обезбеђује једнакост међу странкама, као и гарантовање независности и непристрасности судија, што чини „суштинско начело кривичне процедуре“ које уобличава дејство свих других кривично процесних начела и има изражен етички карактер.³³⁸ Ипак, правично суђење у пракси међународних кривичних трибунала, поред поштовања основних права окривљеног у поступку, обухвата и бројне механизме заштите права жртава у поступку³³⁹ који механизми, неретко, могу бити у супротности са правима окривљеног, из ког разлога је нарочита пажња посвећена трагању за балансом заштите основних права окривљеног и права жртава.

³³⁵ Више о покушају суђењу немачком кајзеру у: М. Шкулић, *op.cit.* (2005), стр. 30.

³³⁶ Московском декларацијом од 01.11.1943. године било је предвиђено оснивање међународног тела које би имало надлежност кривичног прогона и осуде нациста за ратне злочине, о оснивању видети више у: W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, third edition, Cambridge University Press, 2007, pg 5-11.

³³⁷ О контраверзама видети више у: А. Касезе, *op.cit.*, стр. 388.; Y. Tanaka, T. McCormack, G. Simpson (ed), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011

³³⁸ М. Шкулић, *op.cit.* (2005), стр. 341.

³³⁹ T. Bonacker, C. Safferling (ed), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, Asser Press, Springer, The Hague, 2013, pg 150-156.

Из Статута Међународног војног трибунала у Нирнбергу³⁴⁰ и Статута Међународног војног трибунала у Токију³⁴¹ произилази да статут не познају претпоставку невиности окривљених. Ипак, они познају штур обим процесних права окривљеног, као што су: право на давање исказа, право на браниоца, право на предлагање доказа, право на јасну оптужбу, право на изјашњавање о доказима оптужбе, право на употребу језика. Важно је напоменути да се Статути нису изјашњавали ни о другим значајним елементима претпоставке невиности - терету доказивања, примени начела *in dubio pro reo* и привилегији против самоинкриминације. Нарочито је интересантно да Статут Међународног војног трибунала у Нирнбергу у члану 26 наводи да Трибунал има обавезу да образложи пресуду, без обзира да је њом утврђена кривица или невиност.

Међународно хуманитарно право је претпоставку невиности прихватило непосредно након Другог светског рата и војних трибунала. Наиме, претпоставка невиности је гарантована Првим и Другим допунским протоколима уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године,³⁴² али и у бројним националним војним приручницима и пракси војних судова.³⁴³ Аутори који се баве међународним хуманитарним правом сматрају да из праксе тела задужених за заштиту људских права неспорно произилази да је одрицање од претпоставке невиности недопустиво,³⁴⁴ као и да претпоставка невиности обухвата и следеће елементе: терет доказивања на страни тужиоца, стандард доказивања изван разумне сумње,

³⁴⁰ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, 1945.

³⁴¹ Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 1946

³⁴² Члан 75.ст.4д Допунског протокола 1 и члан 6.ст.2д Допунског протокола 2

³⁴³ Видети више у: J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2005, pg 357-358

³⁴⁴ UN Human Rights Committee, General Comment No. 29 (Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights) (*ibid.*, § 2998); Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights

примену начела *in dubio pro reo*, као и обавезу свих јавних званичника да се суздрже од коментарисања исхода поступка.³⁴⁵

Даљи развој идеје међународних кривичних судова одвијао се под окриљем Генералне скупштине Уједињених нација која је основала је тело експерата задужено за кодификацију и прогресивни развој међународног права – Комисију за међународно право, која је имала задатак да припреми нацрт документа о злочинима против мира и безбедности човечанства. Тај посао је Комисија окончала тек 1996. године³⁴⁶ У члану 11., под насловом Судске гаранције у ставу 1, наведено је да ће сваки појединац окривљен за кривично дело против мира и безбедности човечанства бити сматран невиним док се не докаже његова кривица и биће третиран без дискриминације у односу на процесне гаранције. У коментару на овај члан Комисија је истакла да је претпоставка невиности неопходна, јер произилази из члана 14. став 2. МПГПП³⁴⁷

Окончање хладног рата и несрећна чињеница рата у бившој Југославији, поново је оживела помало успорену идеју оснивања међународног кривичног суда. Дешавања у Југославији, али и у Руанди, подстакла су на реаговање Савет безбедности који је на основу овлашћења у Глави VII Повеље УН усвојио резолуције о оснивању *ad hoc* међународних кривичних трибунала за бившу Југославију и Руанду.³⁴⁸ Критике упућиване оснивању трибунала биле су бројне, почев од тога да је таквом одлуком Савет безбедности прикрио слабост и немоћ дипломатије, преко тога да Савет безбедности нема овлашћење за оснивање трибунала и да грађански рат у Југославији није био претња светском миру, до тога да постоје предрасуде у односу на једну од зараћених страна, као и да није у

³⁴⁵ J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *op.cit.*, 357-358

³⁴⁶ О поступку и начину рада видети више у: W. A. Schabas, *op.cit.* (2007), pg 8-9

³⁴⁷ *Yearbook of the International Law Commission 1996*, Volume 2, part 2, United Nations, New York and Geneva, 1998, 34

³⁴⁸ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију је основан резолуцијом Савета безбедности број 808(1993), а Међународни кривични трибунал за Руанду резолуцијом Савета безбедности број 955(2004)

целости извршено разграничење између тужилачке и судијске функције.³⁴⁹ Ипак, и поред бројних критика, трибунали су заживели и живели, остављајући иза себе богату и понекад контраверзну судску праксу која је свакако послужила касније основаном Међународном кривичном суду.

1.6.2. Претпоставка невиности у статутима међународних кривичних трибунала и Сталног међународног кривичног суда

1.6.2.1. Међународни кривични трибунал за бившу Југославију и претпоставка невиности

Међународни кривични трибунал за бившу Југославију³⁵⁰ је основан 1993. године и већ сам његов званичан назив изазвао је контроверзе. Наиме, званичан назив МКТЈ је *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991* што се на српски језик преводи као Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног права на територији некадашње Југославије од 1991. године. Наведени званични назив садржи контрадикције из више разлога.³⁵¹ Тако, Трибунал је дефинисан као тело за кривично гоњење, а не и пресуђивање, што донекле може да указује на повезану функцију трибунала и тужилаштва. Ипак, за нас је интересантније да из наслова произилази да трибунал гони лица која „су одговорна“ за кршење међународног хуманитарног права, чиме се директно крши претпоставка невиности окривљених лица. Сама чињеница да су лица добила статус окривљених, по називу трибунала, би значила да су та лица и одговорна/крива за кршење међународног хуманитарног права.

³⁴⁹ О критикама видети више у: А. Касезе, *op.cit.*, стр. 397-398; V. Dimitrijević *et.al.*, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Београдски центар за људска права, Београд, 2007, стр. 416-417; М. Шкулић, *op.cit.* (2005), стр. 51-67

³⁵⁰ у даљем тексту: МКТЈ

³⁵¹ О контрадикторности званичног назива МКТЈ на енглеском језику, као и о нешто бољем званичном називу на француском језику видети више у: М. Шкулић, *op.cit.* (2005), стр. 31, L. Reydams, J. Wouters, C. Ryngaert (ed), *International Prosecutors*, Oxford University Press, 2012, pg 89., као и Б. Чејовић, *Претпоставка невиности окривљеног*, Досије, Београд, 2009, стр. 324-327

Статут Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију³⁵² је показао тенденције да *ad hoc* трибунали буду успостављени на правилима англосаксонске кривичне процедуре.³⁵³ Ипак, неки елементи су слични континентално европској традицији, као што је релативно активна улога судског већа у виду права доказне иницијативе, сходно Правилнику о поступку и доказима³⁵⁴ и чињеница стадијумске конструкције поступка. Поступак би се стога могао окарактерисати као полу-оптужни, полу-истражни, односно хибридни модел „комбинације фузије“. ³⁵⁵ Имајући у виду сложеност процедуре, динамичност у променама, као и каснији утицај процедуре МКТЈ на развој МКС чини се исправним закључак да је МКТЈ био „жива лабораторија... и базични форум за каснији настанак међународне кривичноправне процедуре“.³⁵⁶

Са становишта процесних права окривљених, Статут МКТЈ је значајно садржајнији у односу на Нирнбершки и Токијски статут, а пре свега захваљујући чињеници развоја грађанских и политичких права у оквиру међународног права људских права. Права окривљених дефинисана су у члану 21. и поред претпоставке невиности обухватају: забрану дискриминације; право на правично и јавно суђење; право на информације на језику који разуме; право на време за припрему одбране; право на суђење у разумном року; право на присуство суђењу; право на избор браниоца; право на испитивање сведока и бесплатну правну помоћ и право да не буде приморан да сведочи против себе или призна кривицу.

Претпоставка невиности је дефинисана у члану 21. став 3. на следећи начин:

³⁵² Updated Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, September 2009

³⁵³ М. Шкулић, *op.cit.* (2005), стр. 67., као и Н. Kuczynska, *The Accusation Model Before the International Criminal Court Study of Convergence of Criminal Justice Systems*, Springer, Heidelberg, 2014, pg 7-10.

³⁵⁴ Правилник о поступку и доказима, чланови 65 и 73

³⁵⁵ М. Delmas-Marty, „La Cour penale internationale et les interactions entre droit interne et international”, *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, n.1., Paris, 2003, str 8, преузето из В. Ivanišević, G. Ilić, T. Višnjić, V. Janjić, *Vodič kroz Haški tribunal – propisi i praksa*, Мисија OEBS у Србији, 2007, str. 198.

³⁵⁶ Н. Kuczynska, *op.cit.*, pg 7.

- Оптужени се сматра невином док му се не докаже кривица у складу са одредбама овог Статута.

Статут не само да познаје претпоставку невиности, већ и њене елементе – терет доказивања (18. став 4.) и привилегију против самоинкриминације (21. став 4.г). У односу на преостале елементе претпоставке невиности, Правилник о поступку и доказима дефинише стандард доказивања изван разумне сумње (87а). Ипак, можемо да закључимо да правило *in dubio pro reo*, као преостали елемент претпоставке невиности, није саставни део Статута и Правилника, али се овај принцип искристалисао у пракси Трибунала и то у случају *Prosecutor v Dusko Tadic*³⁵⁷, као и у случају *Prosecutor v Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*³⁵⁸ познатијем као случај Челебић. Стога се може закључити да је судско веће посматрало *in dubio pro reo* принцип, као општи принцип права.³⁵⁹

Међутим, чињеница да *in dubio pro reo*, као елемент претпоставке невиности, није изричито прописан у документима којима је везано судско веће, може произвести одређене сумње и погледу обавезности његове примене. Односно, будући да није изричито прописан, можемо да закључимо да је његова примена зависила од разумевања чланова судског већа у погледу тога да ли је принцип *in dubio pro reo* општи принцип права или не, као и који је његов обим примене.³⁶⁰ Тако, у пракси МКТЈ забележен је случај да је судија одбио да примени *in dubio pro reo* налазећи да се ово начело има применити само у односу

³⁵⁷ *Prosecutor v Dusko Tadic*, ICTY, Case No.IT-94-1-A, Decision on Appellant Motion for the Extension of the Time/Limit and Admission of Additional Evidence, 15.10.1998., para 73: “any doubt should be resolved in favour of the Appellant in accordance with the principle in dubio pro reo”.

³⁵⁸ *Prosecutor v Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, ICTY, Case No IT-96-21-T, para 601: „at the conclusion of the case the accused is entitled to the benefit of the doubt as to whether the offence has been proved“

³⁵⁹ F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Nijhoff Publisher, Leiden, 2008, pg 111.

³⁶⁰ Више о разумевању принципа *in dubio pro reo* од стране судског већа у: *Prosecutor v Stanislav Galic*, ICTY, IT-98-29-A 76-79, 30 November 2006

на чињенице, а не и у односу на интерпретацију правила поступка и доказивања.³⁶¹

Почетак примене претпоставке невиности није посебно дефинисан одредбом Статута МКТЈ. Неспорно је да се претпоставка примењује у току суђења. Међутим, не постоји одредба која би изричито предвиђала примену претпоставке невиности и пре почетка суђења. У теорији је општеприхваћено да се претпоставка невиности има применити у свакој фази, сходно пракси ЕСЈП.³⁶²

И други статuti међународних кривичних трибунала предвиђају претпоставку невиности на сличан начин - Међународни кривични трибунал за Руанду у члану 20.3.³⁶³, а Специјални суд за Сијера Леоне у члану 17.3.³⁶⁴

1.6.2.2. *Стални међународни кривични суд и претпоставка невиности*

Статут Сталног међународног кривичног суда усвојен је 1998. године на дипломатској конференцији у Риму, због чега се често назива Римским статутом. Статут је ступио на снагу 2002. године. Усвајањем Статута тежило се остваривању идеје универзалног важења међународног кривичног права и формирању супранационалног кривичноправног система.³⁶⁵

Дотадашњи кривични трибунали представљали су само „пробне балоне“ за реализацију такве идеје, јер су се тицали само одређених кривичних дела, почињених у ограниченом времену и простору, а били основани од стране организационе структуре УН-а. Због наведеног, може се рећи да је постојала сумња у легитимност ових трибунала, у смислу њихове независности и

³⁶¹ *Prosecutor v Limaj and Others*, ICTY, IT-03-66-A Judgment, Partially Dissenting and Separate Opinion and Declaration of Judge Schomburg, 27. September 2007, para 15ff. О наведеном видети више у: L. Grover, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014, pg 58.

³⁶² S. Zappala, *Human rights in International criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005, pg 79; K. N. Calvo-Goller, *The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR*, Nijhoff Publishers, Leiden. Boston, 2006, pg 166; Б. Чејовић, *op.cit.*, стр. 337

³⁶³ Statute of the International Tribunal for Rwanda, 1994

³⁶⁴ Statute of the Special Court for Sierra Leone, 2002

³⁶⁵ R. Haveman, O. Kavran, J. Nicholls, *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, Intersentia, Antwerp, 2003, pg 2

универзалности. МКС, са друге стране, представља независно судско тело са међународним субјективитетом у међународном и унутрашњем праву држава чланица Статута.³⁶⁶ Мада, због чињенице да САД и Кина нису чланице Статута, а да је Русија повукла потпис, универзалност се мора ставити под знак питања. Ипак, без обзира на разлоге политичке природе, можемо да закључимо да је МКС заокружио кодификацију међународног кривичног права и да су његовим оснивањем извори међународног кривичног права унифицирани и сведени на Статут Међународног кривичног суда, Правила о поступку и доказима и Обележја кривичних дела.

Претпоставка невиности је прописана чланом 66. став 1. на следећи начин:

- нико се не може сматрати кривим док се његова кривица не докаже пред Судом у складу са законом и правилима поступка које овај Суд примењује

У истом члану прописан је и терет доказивања на страни тужиоца, као и стандард доказивања – ван разумне сумње. У погледу даљих права окривљених, Статут у члану 67. став 1г изричито прописује да нико не може да буде принуђен да призна кривицу. Статут у члану 55. став 2. прописује права окривљених током истраге и, између осталог, прописује право окривљеног да се не изјашњава, односно брани ћутањем, као и да се такво његово понашање не може узети у обзир као одређење кривице или невиности, што представља облик привилегије против самоинкриминације. Дакле, Статут прописује претпоставку невиности, али и друге елементе: терет доказивања, стандард доказивања, привилегију против самоинкриминације. Донекле, у вези са претпоставком невиности је и обавеза тужиоца, која је успостављена у циљу установљења истине сходно члану 54 Статута, да са једнаким напорима прикупља доказе који иду у прилог окривљеном, као и доказе који иду на штету окривљеном.

³⁶⁶ М. Крећа, *op.cit.*, стр. 784.

Римски статут не предвиђа изричито принцип *in dubio pro reo*. Поједини аутори³⁶⁷ сматрају да је овај принцип ипак јасно истакнут и да нема двојбе у погледу тога да га треба применити из два разлога. Прво, сматра се да је принцип *in dubio pro reo* посредно произилази из степена убеђености суда у кривицу окривљеног, односно стандардом доказивања изван разумне сумње (66. став 3. Статута). Друго, сматра се да принцип произилази из начела законитости у кривичноправном смислу, односно забране примене аналогije у тумачењу кривичноправних норми (22. став 2. Статута). Став о томе да је *in dubio pro reo* општи принцип кривичног поступка који значи да свака сумња треба да буде тумачена у корист окривљеног, како по питању закључака о чињеницама, тако и по питању закључака о кривици³⁶⁸, као и да је МКС обавезан да га примењује, изражен је и у судској пракси.³⁶⁹

Оправдано је приметити да се дефиниција претпоставке невиности Статута МКС односи на свако лице, док се дефиниција претпоставке невиности Статута МКТР и МКТЈ односе само на окривљене. Поставља се питање да ли је обим претпоставке једнак. Предпретресно веће МКС се изјашњавало о обиму права и закључило је да се право има признати свим лицима у односу на које је издат налог за хапшење или позив за саслушање у својству осумњиченог, чак и пре њихове предаје суду, односно одазивања позиву.³⁷⁰

³⁶⁷ М. Шкулић, *op.cit.* (2005), стр. 329.

³⁶⁸ Y. McDermott, *Fairness in International Criminal Trials*, Oxford, University Press, Oxford, 2016, pg 44.

³⁶⁹ “According to Pre-Trial Chamber II, it is guided by the principle *in dubio pro reo* as a component of the presumption of innocence, which as a general principle in criminal procedure applies, *mutatis mutandis*, to all stages of the proceedings, including the pre trial stage”- *Case Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Article 61.7.a.b of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15. June 2009, para 369, преузето из: William A. Schabas, *op.cit.* (2007), pg 216

³⁷⁰ *The Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICTR, Case No.ICC-01/04-01-10, Decision on the Defence Request for an Order to Preserve the Impartiality of the Proceedings, 31 January 2011, para 7.

1.6.3. Претпоставка невиности у пракси међународних трибунала и Сталног међународног кривичног суда

Општи коментар број 32 предвиђа да претпоставка невиности, у ширем смислу, поред основне претпоставке да се окривљени мора сматрати невиним док се не докаже супротно, у складу са законом, обухвата још и: терет доказивања на страни тужилаштва, стандард доказивања изван разумне сумње, принцип *in dubio pro reo*, као и обавезу учесника у поступку и јавних званичника да се понашају у складу са свим елементима претпоставке невиности. Правила из Општег коментара број 32 прихваћена су од стране међународних кривичних трибунала и МКС и то нека правила експлицитно у статутима, а друга имплицитно, кроз судску праксу.

Са друге стране, из судске праксе МКС изричито произилази да се МКС угледа и на праксу ЕСЈП и ЕКЈП у делу који се односи на претпоставку невиности и да се позива на релевантне пресуде и одлуке.³⁷¹

1.6.3.1. Терет доказивања и стандард доказивања изван разумне сумње

МКТЈ Статут у члану 18. став 4. дефинише да је терет доказивања на страни тужиоца. Статут МКС у члану 66. такође дефинише да је терет доказивања на тужиоцу, с тим што МКС, за разлику од МКТЈ, изричито прописује и да терет доказивања не може бити пренет на окривљеног.³⁷²

Иако је неспорно, на основу прописа и из праксе трибунала и МКС да је терет доказивања на страни тужиоца, ипак, у пракси су постојали случајеви у којима из образложења одлука произилази да већа нису у целости разумела терет доказивања. У литератури су наведени случајеви пред Међународним кривичним трибуналом за Руанду где су већа у образложењима одлука наводила да

³⁷¹ О потреби поштовања праксе ЕСЈП и ЕКЈП, као и позивању на случајеве пред овим органима, видети више у: *The Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICTR, Case No. ICC-01/04-01-10, 31 January 2011 paras 7-12

³⁷² Чл. 67.1.и. Статута. О наведеном видети више у: Y. McDermott, *op.cit.*, pg 44.

окривљени „мора да негира тужилачке доказе“ или да окривљени, по природи ствари треба да „одбацује могућност да је учествовао у делу“.³⁷³

У пракси су се искристалисале две специфичне ситуације у којима је терет доказивања увек на окривљеном. То су следећи случајеви: доказивање олакшавајућих околности и доказивање неурачуљивости окривљеног.³⁷⁴ Узрок наведеном је висок степен повезаности процедура међународног кривичног правосуђа са традицијом *common law* система, у ком су наведене специфичности креиране.

Оба статута прописују стандард доказивања изван разумне сумње. Правилник о поступку и доказима МКТЈ у члану 87а прописује да се оптужени може прогласити кривим само када се већина претресног већа уверила да је кривица доказана ван разумне сумње. Првенствено се можемо запитати шта је то разумна сумња и да ли је увек извесно да ће, на основу истих података, све судије доћи до истог закључка о постојању или непостојању разумне сумње. Дефиниција онога што стоји изван разумне сумње понуђена је у пресуди *Tadic*.³⁷⁵ У овој пресуди Веће констатује да закључак који треба да задовољи стандард ван разумне сумње треба да буде такав да буде изван онога што „ниједна разумна особа не би могла да закључи“. Циници би могли да поставе питање - како онда објаснити да су у истом предмету двоје судија дошли до различитих закључака?

Са друге стране, судска пракса се ипак искристалисала у погледу тога шта треба да буде изван разумне сумње. Неспорно је да сваки објективни елемент кривичног дела треба да буде доказан применом управо овог стандарда, као и субјективни елементи – урачунљивост и виност, што је изричито и наведено у

³⁷³ О овим и сличним образложењима одлука видети више у: V. Tochilovsky, *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts, Procedure and Human Rights Aspects*, 2nd edition, Intersentia, 2014, pg 1043.

³⁷⁴ Видети више у: Y. McDermott, *op.cit.*, pg 44, као и *Prosecutor v Delalic, et l.*, ICTY, Case No IT-96-21-A, Judgment, 20. February 2001, para 582

³⁷⁵ *Prosecutor v Dusko Tadic*, ICTY, Case No.: IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para 64

пресуди *Blagojevic and Jokic*.³⁷⁶ У другој пресуди *Halilovic*³⁷⁷ МКТЈ је утврдио фазе оцене доказа. У првој фази Веће проверава кредибилитет представљених доказа, како појединачно, тако и у контексту са другим доказима. Тек онда Веће одлучује да ли ће доказе прихватити и на који начин ће на основу њих утврдити чињенице. У трећој, последњој фази Веће утврђује да ли су сви елементи кривичног дела доказани. Веће није у обавези да образлаже сваки изведени доказ – зашто га је прихватио и у којој мери, односно зашто доказ није прихватио.³⁷⁸ Дужан је да образлаже само оне закључке и доказе на основу којих су закључци изведени, а који су суштинске природе, односно који су били одлучујући за формирање одлуке.

Ипак, постоји један изузетак од захтеваног стандарда изван разумне сумње. Ради се о случају утврђивања олакшавајућих околности. Наиме, док је за отежавајуће околности, које треба да докаже тужилац, неопходно достизање стандарда изван разумне сумње, за олакшавајуће околности, које доказује одбрана, потребан је нижи стандард. Олакшавајуће околности се доказују стандардом баланса вероватноће – *balance of probabilities* који је типичан стандард доказивања у грађанским поступцима *common law* система. Овакав став је потврђен у пресуди *Kunarac*.³⁷⁹ Можемо да закључимо да је примена оваквих двоструких стандарда у погледу отежавајућих и олакшавајућих околности у потпуности у складу са начелом претпоставке невиности у светлу тезе да претпоставка невиности и постоји управо ради стварања правичног баланса ради исправљања иманентне неједнакости својствене чињеници да је једна страна – тужилаштво значајно јача од друге стране – одбране.

³⁷⁶ *Prosecutor v Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, ICTY, Case No.IT-02-60-A, 9 May 2007, para 226

³⁷⁷ *Prosecutor v Sefer Halilovic*, ICTY, Case No.IT-01-48-A, Judgment, 16 October 2007, para 125

³⁷⁸ Ово је ICTY изричито навео у: *Kvočka et al*, ICTY, Case No -98-30/1-A, App.Ch, Judgment, 28 February 2005, para 23, *Kordić and Čerkez*, ICTY, Case No. IT-95-14-a, App.Ch, Judgment, 17 December 2004, para 382

³⁷⁹ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, ICTY Case No.IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001 para 847

1.6.3.2. Привилегија против самоинкриминације са посебним освртом на окривљеног као сведока у одбрани

Common law систем, прихваћен од стране међународних кривичних трибунала/суда, има одлике акузаторског система и подразумева да окривљени има својство сведока у свом предмету. Дакле, уколико окривљени даје изјаву, он се тада сматра сведоком и потребно је да положи заклетву и сведочи под заклетвом, што значи да је дужан да, као сведок, говори истину.

Ово процесно решење може бити у директној супротности са привилегијом против самоинкриминације. Због чињенице да је привилегија против самоинкриминације прописана Статутом МКТЈ у члану 21. став 4.г, а да је чланом 85ц Правилника о поступку и доказима МКТЈ прописано да окривљени може, ако то жели, сведочити у своју одбрану - као сведок под заклетвом, у пракси су се појавиле контрадикторности у примени ових чланова, због чега се приступило изменама Правилника о поступку и доказима. Наиме, у јулу 1999. године усвојено је правило 84bis којим је прописано да окривљени има право на почетку суђења да да изјаву без полагања заклетве. Ипак, такво право окривљеног није за упоређивање са ширином права окривљеног у *civil law* системима.³⁸⁰

Пред МКТЈ судило се лицима са подручја бивше Југославије, где је заступљена типична *civil law* правна традиција, коју карактерише континентално-европски кривични поступак. Континентално-европски кривични поступак подразумева да окривљени има право да не говори истину, односно да не може да одговара за кривоклетство, нити се чињеница да није говорио истину може користити као отежавајућа околност против њега. Стога, може се поставити питање колико су окривљени, а и њихови браниоци, који су махом долазили из истог правног система, могли били свесни другачијег положаја окривљеног, односно специфичности система у ком се поступак одвија. Следствено, поставља се питање: колики ризик је постојао да окривљени и браниоци нису добро разумели шта значи пристајање на давање исказа под заклетвом у својству сведока.

³⁸⁰ V. Tochilovsky, *op.cit.*, pg 596.

У случају МКТЈ *Blagojevic and Jokic*³⁸¹ веће је посебно нагласило да само окривљени може да донесе одлуку да ли ће да даје исказ у својству сведока, али да се не сме потцењивати обавеза гарантовања свих права окривљеног, па и права да самог себе не инкриминише. У том смислу веће изразито сугерише окривљеном да се консултује са својим браниоцем и да веће, одлуку окривљеног којим прихвата да буде саслушан као сведок (чиме се одриче права које има као окривљени), неће одобрити док не буде потпуно сигурно да је окривљени разумео све последице ове одлуке. Веће наглашава обавезу да обезбеди да свако одрицање од привилегије против самоинкриминације од стране окривљеног буде предузето добровољно и свесно, а претходно засновано на разумевању свих последица таквог одрицања.

Слична процедура је и пред МКС. Наиме, сходно члану 67. став 1.г. Статута окривљени има право да ћути и не може бити приморан да сведочи. Уколико сведочи, он не полаже заклетву. Ипак, сходно члану 140. Правила о поступку и доказима, могуће је да окривљени даје исказ у својству сведока. У предмету *Katanga and Ngudjolo*³⁸² веће закључује да, кад оптужени добровољно сведочи под заклетвом, он се одриче права да се брани ћутањем и дужан је да одговори на сва релевантна питања, чак и ако га одговори инкриминишу. Стога, уколико окривљени даје исказ као сведок, из његовог одбијања да одговори на нека питања, веће може да изведе негативне закључке.³⁸³

Неспорно је да постоји велика разлика између сведока који полаже заклетву и сведочи и окривљеног који, уколико то жели, може да даје исказ у својству сведока. Овај закључак је наглашен и у бројним предметима.³⁸⁴ Ова разлика настаје због чињенице да не постоје правила уз помоћ којих би се би на

³⁸¹ *Prosecutor v Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, ICTY, Case No IT-02-60-T, 30. July 2004, Decision on Vidoje Blagojevic's oral request, pg 6

³⁸² *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC, Case No. ICC-01/04-01/07, 13 September 2011, para 7,8.

³⁸³ Mark Klamberg (ed), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsah Academic Publisher, Brussels, 2017, pg 506.

³⁸⁴ *Prosecutor v Stanislav Galic*, ICTY, Case No IT/98-29-A, Judgement, 30 November 2006, para 11; *Kvočka et al*, ICTY, Case No -98-30/1-A, App.Ch, Judgement, 28 February 2005, para 12

различите начине вршила процена исказа сведока од исказа окривљеног, који је дао као сведок. Постојећа правила о давању исказа сведока су на окривљене примењива само у ужој мери.³⁸⁵ Имајући наведено у виду, крајње је конфузан, а донекле и ризичан положај окривљеног који даје исказ у својству сведока, пре свега имајући у виду привилегију против самоинкриминације која је гарантована свим релевантним међународним документима.

Иако привилегију против самоинкриминације познају и Статут МКТЈ и Статут МКС, у пракси су се појавиле извесне недоумице у погледу примене овог правила. Апелационо веће МКТЈ у случају *Celebic*³⁸⁶ закључује да „између националних надлежности, нема консензуса о апсолутном праву оптужених да се бране ћутањем, без икаквог ризика да се изводе неповољни закључци“, потом закључује да је право окривљеног да се брани ћутањем у неким системима ограничено. Ипак, позивајући се на праксу ЕСЈП у предмету *Funke v France*, веће је мишљења да није дозвољено ограничење права окривљеног да се брани ћутањем и права окривљеног да не доприноси сопственом инкриминисању. Веће је свесно и чињенице да ни Статут, нити Правила поступка изричито не садрже одредбе о томе какав закључак може бити изведен из ћутања окривљеног. Дилема о начину тумачења ћутања окривљеног разрешена је Статутом МКС који у члану 67. став 1.г. изричито наводи да се ћутање окривљеног неће сматрати као његово прећутно изјашњавање о кривици или невиности.

У пракси МКТЈ показала се као нарочито важна чињеница да ли је окривљени има браниоца или се брани сам. У светлу чињенице да је процедура пред МКТЈ сложена и да је, по природи поступка, значајно одударала од традиционалног *civil law* система познатог на нашим просторима, окривљени који се заступао сам имао је мање шансе за успех, односно веће шансе да ће погрешним одлукама себе да доведе у стање у коме је могуће да самог себе

³⁸⁵ О овом више у: V. Tochilovsky, *op.cit.*, pg 597

³⁸⁶ *Prosecutor v Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžp (aka "Zenga")*, Celebici Case, ICTY, Case No.: IT-96-21-A, 20 February 2001, para 782, 783

инкриминише. То се десило управо у случају *Šešelj*³⁸⁷ када је председник већа зауставио самостално заступање окривљеног у случају уласка у дискусију са тужилаштвом по питању чињеница статусне конференције, а из разлога што је сматрао да се тиме окривљени уводи у ситуацију у којој себе може да инкриминише, а има право да се брани ћутањем и да не даје исказ којим би себе инкриминисао.³⁸⁸

Поред привилегије окривљеног против самоинкриминације, МКТЈ и МКС познају и право осумњиченог да се не самоинкриминише. Правилник о поступку и доказима МКТЈ у правилу 2 даје дефиницију осумњиченог као особе о којој тужилац поседује поуздане информације које указују на могућност да је починила кривично дело за које је надлежан Трибунал. У члану 42 Правилник прописује права осумњиченог, а између осталог и право да не даје исказ и право да буде упозорен да ће свака изјава коју буде дао бити забележена и да може бити коришћена као доказ. Са друге стране, Статут и Правила о поступку и доказима МКС не познају појам осумњиченог и користе неутралан термин „особа“, управо из разлога избегавања нарушавања претпоставке невиности.³⁸⁹ Таквој „особи“ се даје право да не даје исказ, односно да се брани ћутањем, а да при том нико из те чињенице не може да изведе закључак о постојању кривице.

МКТЈ се суочавао са ситуацијама да су осумњичена лица била позивана као сведоци одбране у случајевима пред Трибуналом. Тужилаштво је имало дилеме на који начин да реагује и да ли да се сложи са извођењем предложеног доказа. Пракса је искристалисала да је могуће да осумњичени буду сведоци одбране, али им је у том случају тужилаштво давало поуку. Тако, у случају *Gotovina*,³⁹⁰ осумњичени је поучен да тужилаштво поседује поуздане информације које показују да је почињено кривично дело у јурисдикцији Трибунала, али је

³⁸⁷ The Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Case No.: IT-03-67-T

³⁸⁸ V. Tochilovsky, *op.cit.*, pg 714

³⁸⁹ *Ibid.*, pg 715

³⁹⁰ *Prosecutor v Ante Gotovina, Ivan Cermak, Mladen Markac*, ICTY, IT/06-90-PT, Defendant Ante Gotovina's Notice of Withdrawal of Motion, 31 January 2008, para 3

наведено да није под оптужбом трибунала и да то не искључује могућност да ће бити изложен кривичном гоњењу и суђењу од стране других судова.³⁹¹

1.6.3.3. *Јавне изјаве тужилаца*

Када год је реч о кривичним делима из области хуманитарног права, суочавамо се са повећаним медијским интересовањем, не само домаћих, већ и глобалних медија. У таквим случајевима потребно је пронаћи баланс у давању изјава о току поступка, али у сваком случају не прећи границу која би могла да баци сенку сумње на непристрасност суда, па чак и тужилаштва, јер тужилац има обавезу да прикупља доказе на штету и у корист окривљеног. То свакако подразумева и обавезу тужиоца да се суздржи од давања било каквих изјава којима би исход поступка био прејудициран.

МКС се изјашњавао о понашању тужиоца у односу на поштовање претпоставке невиности у више случајева. У случају *Saif Al-Islam Gaddafi*³⁹² МКС је истакао да интерпретација тужилаца у погледу претпоставке невиности мора бити у складу са међународним стандардима и поред поштовања свих елемената, она мора да обухвати и забрану прејудицирања исхода поступка од стране јавног тужиоца. У другом случају *Lubanga*³⁹³ веће је изразило снажно негодовање у погледу деловања тужиоца који је у датом интервјуу изјавио да ће окривљени бити осуђен на дуготрајну казну затвора, сматрајући да је тужилац тиме прекршио претпоставку невиности. Такође, у случају *Bashir*³⁹⁴ МКС је закључио да је тужилац прекршио претпоставку невиности када је у интервјуу који је дао Гардијану изнео тврдње да је претпретресно веће утврдило да су Баширине снаге

³⁹¹ Видети више у: V. Tochilovsky, *op.cit.*, pg 716.

³⁹² *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC, No.ICC-01/11-01/11 OA 3, 12 June 2012, paras 24-37. Видети више у: M. M DeGuzman, D.M. Amman (ed), *Arcs of Global Justice Essays in the Honour of William A. Schabas*, Oxford University Press, New York, 2018, pg 248

³⁹³ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC, No.:ICC-01/04-01/06, 12 May 2010

³⁹⁴ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC, No.ICC-02/05-01/09, 03 September 2010, para 8

извршиле масовна силовања у Дарфуру. У случају *Kenyatta и други*³⁹⁵ Суд је сматрао да тужиоци имају обавезу да се уздрже и од давања лажних или погрешно интерпретираних изјава, као и да се уздрже од било које друге активности која би могла имати утицај на доказе или меритум случаја или се може интерпретирати као предодређење поступка који је пред Судом.

Са друге стране, МКТЈ је у случају *Haradinaj*³⁹⁶ описао границе дозвољеног деловања и извештавања тужиоца. У овом случају је окривљени захтевао саслушање тужиоца због датог интервјуа. Наиме, тужилац Карла дел Понте је у интервју који је дала немачком Шпиглу изјавила да тужилаштво располаже доказима довољним да докаже кривицу окривљених. Веће је сматрало да оваква изјава не штети правима окривљеног. Такође, веће закључује да тужилац није повредила права окривљених ни када је новинару рекла да се тужилаштво суочавало са проблемима у поступку обезбеђења сведока, на претходну констатацију новинара да је неколико кључних сведока убијено, коју констатацију она није потврдила.

Ради спречавања кршења претпоставке невиности од стране јавних тужилаца Специјални суд за Сијера Леоне и Специјални суд за Лебанон усвојили су етичка правила за поступање пред судом и део правила се односи на тужиоце и забрану давања изјава у смислу прејудуцирања кривице окривљених. Слична правила у погледу комуникације са медијима су усвојена и од стране МКТЈ.³⁹⁷

³⁹⁵ *Prosecutor v Francis Kirimithaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC, No. ICC-01/09-02/11, No. ICC-01/09-02/11, No.: ICC-01/09-02/11, 5 May 2011, para 6

³⁹⁶ *Prosecutor v Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, ICTY, Case No. IT-04-84-T, Public Decision on Idriz Balaj's request for evidentiary hearing regarding interview of Carla del Ponte, 29 January 2008, para 8-9

³⁹⁷ SCSL Code of Professional Conduct for Counsel with the Right of Audience before to Special Court for Sierra Leone, adopted on 14 May 2005; *STL Code of Professional Coudct for Council Appearing before the Tribunal*, adopted on 28. February 2012; *ICTY/ICTR Standards*, art 2k. О наведеном видети више у: L. Reydamms, J. Wouters, C. Ryngaert (eds), *op.cit.*, pg 362.

1.6.3.4. *Заштита претпоставке невиности лица која се помињу у одлукама као могући или вероватни саучесници*

Није ретка појава да се у току поступка открију околности које јасно указују на постојање извесног нивоа сумње о кривичној одговорности других лица која нису обухваћена оптужницом. Ова појава се дешава и у ситуацијама када се води кривични поступак у целости, али, још чешће у ситуацијама када је пресуда донета на основу споразума о признању кривичног дела. Међународни кривични трибунали су се такође суочавали са оваквом праксом.

Суштина проблема јесте да се неко лице помиње у пресуди као лице у односу на које постоји извешан степен сумње да је у конкретном случају поступао као саучесник, али будући да у односу на то лице није вођен кривични поступак, то лице није ни имало прилику да се брани у односу на изнете тврдње. Са друге стране, чињеница да се неко лице помиње у правноснажној пресуди, као потенцијални саучесник, може да створи облак извесности о кривици тог лица, чиме се крши претпоставка невиности. Такве тврдње изнете у пресудама би извесно могле да дају сигнал да ће у будућем поступку, уколико буде вођен против тог лица, и суд и тужилаштво показати извешан степен пристрасности.

Један од најзначајнијих случајева у којима се МКТЈ суочио управо са овим изазовом био је случај *Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*³⁹⁸ У пресуди је наведено да је „Фрањо Туђман је био водећи учесник на свим важним састанцима на којима су разговарали о питањима везаним за удружени злочиначки подухват ... обезбедио је да се идеје трансформишу у политику и акцију, кроз моћну позицију председника и врховног команданта оружаних снага... Претресно веће закључује да је у ту сврху имао намеру да примењује силу у односу на српско цивилно становништво, укључујући и злочине у сврху удруженог злочиначког подухвата...Претресно веће констатује да је Фрањо Туђман, који је био главни политички и војни лидер у Хрватској пре, током и након оптужнице, био кључни члан удруженог злочиначког подухвата.“ Важно је напоменути да је Фрањо

³⁹⁸ *Prosecutor v Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, ICTY, IT-06-90-T, Public Judgment Volume II, 15 April 2011, para 2316- 2317

Туђман преминуо 12 година пре доношења ове пресуде. Може се поставити питање да ли би МКТЈ дошао до истог закључка да је тужилац предузео кривично гоњење у односу на Фрању Туђмана. Са друге стране, можемо се запитати какву сврху има оваква констатација суда – да ли је могуће на основу овог закључка покретати међународне спорове у односу на деловање Републике Хрватске према српском становништу? На жалост, без вођења кривичног поступка, који подразумева сва права окривљеног у поступку, било какав од закључака у погледу нечије одговорности, не може да буде ни од каквог правног значаја, али може да начини штету, јер суштински представља повреду претпоставке невиности.

У другом случају *Vasiljevic*³⁹⁹ МКТЈ прави неку врсту одрицања од одговорности у односу на друга лица која се помињу у пресуди са извесним степеном сумње на кривицу (Милан Лукић и Средоје Лукић који су у то време били оптужени, али не и ухапшени). Оваквим поступањем МКТЈ јасно поставља границе последица које могу наступити по лица у односу на које није вођен поступак, а помињу се због извесног степена сумње. Наиме, веће наводи да су ставови у односу на друга лица „засновани на исказима датим на овом суђењу и направљени су у сврху овога суђења“ и да не могу бити коришћени против тих лица, нити су та лица “ван разумне сумње проглашени кривим на овом суђењу за било који од злочина“.

1.7. УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЉУДСКИХ ПРАВА – КРЕИРАЊЕ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У СРБИЈИ

1.7.1. Претпоставка невиности на релацији „исток-запад“ током хладног рата

Универзална декларација о правима човека, која у члану 11. став 1. прописује претпоставку невиности усвојена је 1948 године. Приликом гласања осам држава је било суздржано – СССР, источно европске земље и Саудијска арабија. Југославија је такође била суздржана.

³⁹⁹ *Prosecutor v Mitar Vasiljevic*, ICTY, IT-98-32-T, Judgment, 29 November 2002, para 23

МПГПП, који у члану 14. став 2. прописује претпоставку невиности усвојен је од стране Генералне скупштине УН 1966. године, а ступио је на снагу 1976. године. Потписница овог пакта била је и СССР, а Пакт је потписала и СФРЈ.⁴⁰⁰

Док је Универзална декларација о правима човека замишљена као „као заједнички домет који треба да постигну сви народи и све нације“⁴⁰¹, а по дефиницији је правно необавезујући акт, дотле МПГПП, као и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима представљају обавезујуће уговорно право.⁴⁰²

Може се приметити да је дефиниција претпоставке невиности из Међународног пакта о грађанским и политичким правима ужа од дефиниције из Универзалне декларације о правима човека. Разлог томе је двострук. Први је техничке природе, јер је Пакт на знатно шири начин дефинисао остала процесна права, која су у тексту Декларације само поменута под општим појмом „гаранције“ у оквиру претпоставке невиности. Други разлог је политичке природе, наиме, Пакт је потписан и од стране земаља источног блока, за разлику од Универзалне декларације када су ове земље биле уздржане, тако да је чињеница учешћа земаља источног блока у креирању одредби Пакта утицала на креирање текста.

На креирање различитог начина разумевања претпоставке невиности као људског права на националном, међународном и регионалном плану, што се рефлектовало на релацији „источни – западни блок“ током хладног рата, утицала су два елемента. Први елемент се тиче типа кривично процесног система (континентално европског и адверзијалног). Наиме, док је *источни блок* почивао скоро у целости на теоријским основана континентално европског типа поступка,

⁴⁰⁰ Пакт је од стране СССР-а потписан 18.3.1968. године, ратификован 16.10.1973. године, а ступио је на снагу у СССРу 23.3.1976. године. СФРЈ је потписала Пакт 8.8.1967, ратификовала га 2.7.1971, а ступио је на снагу 23.3.1976. године

⁴⁰¹ Универзална декларација о правима човека, Увод

⁴⁰² М. Крећа, *op.cit.*, стр. 581.

западни блок је обухватао државе адверзијалног, мешовитог, али и континентално европског типа поступка. Неке доминантне кривично процесне карактеристике поларизованих типова поступка нужно се рефлектују на начин разумевања претпоставке невиности у оквиру сваког система, као на пример чињеница да ли суде професионалне судије или судије поротници; степен доказне активности суда; значај истине у кривичном поступку; доказни значај признања окривљеног; дужност окривљеног да говори истину или право окривљеног да не говори истину и право окривљеног да се брани ћутањем; окривљени и обавезна одбрана; дужност полиције и тужилаштва да воде рачуна о обе врсте доказа.⁴⁰³ Такође, од значаја је и чињеница да је појам претпоставке невиности део правне традиције адверзијалних система, исказан кроз синтагму да је претпоставка невиности „златна нит“ кривичног поступка.⁴⁰⁴ Други елемент се тичао различитог начина разумевања односа индивидуалних и колективних људских права на релацији исток – запад.

Наведени узроци довели су до креирања два различита поимања претпоставке невиности. *Zanad* је заступао претпоставку невиности - *presumption of innocence*, док је *исток* заступао негативну претпоставку кривице или претпоставку не кривице - *nonpresumption of guilt*. И док су земље источног блока своју претпоставку некривице листом почеле да уносе у уставе и кривично процесне законе, дотле је претпоставку невиности у уставима и законима земаља западног блока „узалуд тражити...јер, она није део текста, али је део правне традиције“⁴⁰⁵ Ова стварна или вештачка подела, о којој ће бити речи касније, нестала је падом Берлинског зида и уласком држава „источног блока“ у Савет Европе када у источној Европи претпоставка некривице махом бива замењена претпоставком невиности под утицајем члана 6. став 2. ЕКЉП.

⁴⁰³ Упоредни приказ доминантних кривичнопроцесних карактеристика континентално-европског и адверзијалног поступка видети у: М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 16-22.

⁴⁰⁴ Синтагма је употребљена у одлуци Дома Лордова у *Woolmington v DPP* случају из 1935. године.

⁴⁰⁵ В. Водинелић, „О правној природи пресумпције невиности“, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, 1978/1979, Крагујевац 1980, 49-73, стр. 49. Тако, на пример, устави Холандије и Белгије не садрже претпоставку невиности, док Устав Француске садржи претпоставку невиности традиционално још од Декларације о правима човека и грађанина из 1789. године.

Ипак, можемо приметити да један број земаља чланица СЕ у својим уставима и даље прописује претпоставку некривице, уместо претпоставке невиности.⁴⁰⁶ Ова чињеница ни на који начин не утиче на квалитет претпоставке, нити примену члана 6. став 2. ЕКЈП. Интересантан је аргумент у корист претпоставке некривице из парламентарне дебате у Италији. Наиме, у дебати је указано да „појам невиности има исувише романтичну конотацију и игнорише чињеницу постојања оптужбе“.⁴⁰⁷ Слични аргументи су коришћени и у српској теорији кривичног права, о чему ће бити речи касније. Међутим, можемо закључити да наведени аргумент није ништа друго до рефлексија конфузије настале између правне претпоставке и стварне невиности.⁴⁰⁸

1.7.2. Претпоставка невиности у совјетској правној теорији

Након Велике октобарске социјалистичке револуције преовладала је доктрина диктатуре пролетеријата, а претпоставка невиности је сматрана индивидуалним правом развијеним у окриљу капиталистичких друштава, и самим тим правом које је припадало само буржоазији.⁴⁰⁹ Сагледавајући концепт индивидуалних људских права, као нешто што може бити управљено против колективних људских права и следствено државе, на претпоставку невиности је гледано са подозрењем. Генерални тужилац Вишински је написао серију чланака који су утрли политичку линију развоја совјетског права, а један од елемената те доктрине представљао је и захтев за пребацивањем терета доказивања са тужиоца на окривљеног у случају кривичног гоњења за контрареволуционарна кривична дела.⁴¹⁰ У освит настанка Универзалне декларације о правима човека совјетски теоретичар Тадевосиан тврдио је да „претпоставка невиности није потребна

⁴⁰⁶ Устав Мађарске у члану 28.ст.2. и Устав Италије у члану 27.

⁴⁰⁷ G. Illuminati, *La Presunzione d'Innocenza dell'Imputato*, Bologna, pg 21 цитирано према E. van Sliedregt, *op.cit.* (2009), pg 265.

⁴⁰⁸ E. van Sliedregt, *op.cit.* (2009), pg 265.

⁴⁰⁹ О совјетској концепцији претпоставке невиности видети више у: J. Quigley, „The Soviet Conception of the Presumption of Innocence“, 29 *Santa Clara L. Rev.* 301 (1989), 301-329.

⁴¹⁰ H. J. Berman, *Justice in the U.S.S.R.*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1963, pg 71.

совјетском процесу“⁴¹¹ и изнео је више логички, а мање правно теоријски аргумент против увођења претпоставке невиности наводећи да закони у Совјетском Савезу немају претпоставку кривице, па самим тим нема потребе ни за претпоставком невиности, нити било којом другом претпоставком.⁴¹² Ипак, совјетски теоретичари у начелу, изузев у посебним случајевима, као што је теза Вишинског о пребацивању терета доказивања, нису доводили у питање процесне одредбе које су у директној вези са претпоставком невиности, чак напротив, сматрали су их веома важним гаранцијама у кривичном поступку. Тако, теоретичар Голунски сматра да је уношење пресумпције невиности у закон само декларативна формулација карактеристична за буржоаско право, док совјетско право „мора садржати све конкретне гаранције против пристрасног приступа окривљеном и опасности да буде осуђено невино лице“⁴¹³.

Крајем педесетих година прошлог века СССР је приступио изради новог законика о кривичном поступку и тада су се поново појавили заговорници претпоставке невиности, посебно имајући у виду да је у то време претпоставка невиности већ била саставни део Универзалне декларације о правима човека. Аргументујући да претпоставка невиности из Универзалне декларације нема јасно значење и да није добро преведена на руски, такав предлог је одбијен.⁴¹⁴

У члану 160 Устава СССР из 1977. године први пут се изричито наводи претпоставка невиности у формулацији: „Нико се не може прогласити кривим за извршење кривичног дела, нити бити кривично кажњен, осим судском пресудом и у складу са законом“. Увођење претпоставке невиности у Устав несумњиво је дошло због чињенице да је годину раније у СССРу на снагу ступио МПГПП који

⁴¹¹ Тадевосиан, *К Вопросу об Установлении Материалнои Истини в Советском Протсесе, Советское государство и право*, 65, 71 (No. 6 1948)., цитат преузет из В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 51

⁴¹² Тадевосиан, *К Вопросу об Установлении Материалнои Истини в Советском Протсесе, Советское государство и право*, 65, 70 (No. 6 1948)., цитат преузет из у Ј. Quigley, *op.cit.*, pg 304

⁴¹³ С.А.Голунски, „Нови основи уголовног судопроизводства Сојуза ССР и сојузних Републик“, *Советское государство и право*, 1959/1, стр 54 цитат преузет из В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 51.

⁴¹⁴ J. Quigley, *op.cit.*, pg 305

садржи претпоставку невиности. Међутим, очигледно је да постоји разлика између формулације претпоставке невиности у Пакту и формулације у Уставу СССР. Наиме, док Пакт предвиђа претпоставку невиности, Устав СССР предвиђа претпоставку некривице.

Уколико по страни оставимо правну и филозофску дилему о томе да ли претпоставка невиности и претпоставка некривице имају исто значење, можемо се запитати да ли совјетски модел претпоставке подразумева поједине елементе претпоставке невиности, односно процесно правне институте ове претпоставке. Истраживач совјетског правног система, Харолд Берман, још пре Устава из 1977. године, навео је да „иако фраза претпоставке невиности не постоји у совјетском кривичном закону, у суштини, све што та фраза подразумева садржано је у специфичним правилима која се тичу доказивања“⁴¹⁵, као и да совјетско право, иако нема формалну претпоставку невиности, има „све оно што и амерички правници генерално мисле под тим појмом“.⁴¹⁶

1.7.3. Трансформација из претпоставке некривице у претпоставку невиности у Србији – нормативни аспект

1.7.3.1. Претпоставка невиности у уставима

У правни систем Републике Србије претпоставка невиности први пут је унета Уставом СФРЈ из 1963. године. Ниједан ранији Устав није садржао претпоставку невиности, ни као људско право, ни као правило о раду судова. У Уставу из 1963. године претпоставка невиности прописана је у члану 50. на следећи начин:

- Нико не може бити сматран учиниоцем кривичног дела док то не буде утврђено правноснажном пресудом.

⁴¹⁵ Н. Ј. Berman, *op.cit.*, pg 244.

⁴¹⁶ *Ibid.*, pg 71. У другим деловима исте књиге (стр.398.) аутор образлаже да совјетско право има одредбу да је терет доказивања на тужиоцу и да се из постојања оптужнице не могу изводити закључци о кривици окривљеног, већ само на основу доказа изнетих на суђењу, као и да ове процесне одредбе суштински значе да претпоставка невиности фактички постоји у совјетском праву.

Значајно је приметити три ствари. Прво, да се не помиње појам кривице, већ појам учиниоца кривичног дела. Друго, да је Устав дао негативну дефиницију претпоставке, односно модификовану претпоставку некривице избегавајући изричито појам кривице, увођењем појма учиниоца. Треће, да је претпоставка невиности прописана у глави III Слободе, права и дужности човека и грађанина, дакле, као људско право, а не као правило о раду судова.

Устав СФРЈ из 1974. године задржава претпоставку невиности и прописује је у члану 181. став 4., такође у глави III Слободе, права и дужности човека и грађанина. Међутим, текст је измењен у односу на претходни Устав и гласио је:

- Нико не може бити сматран кривим за кривично дело док то не буде утврђено правноснажном судском пресудом.

Значајно је приметити да Устав уноси изричито појам кривице у претпоставку, иако и даље остаје опредељен за претпоставку некривице, на не претпоставку невиности.

Устав СРЈ из 1992. године наставља традицију уставне заштите претпоставке невиности и у одељку II Слободе, права и дужности човека и грађанина, па у члану 27. став 3. прописује:

- Нико не може бити сматран кривим за кривично дело док то не буде утврђено правноснажном одлуком суда.

Модификације текста у односу на претходно уставно решење су незнатне. Мада, остаје нејасно којим мотивима се уставотворац руководио када је одлучио да појам судске пресуде замени појмом судске одлуке. Приметно је да уставотворац остаје веран претпоставци некривице.

Претпоставка некривице је замењена претпоставком невиности тек Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама донетом на основу Уставне повеље државне заједнице Србије и Црне Горе из 2003 године. Очигледна је веза између чињенице приступања Савету Европе и чињенице да је четрдесетогодишња правна традиција претпоставке некривице замењена

претпоставком невиности. Повеља прописује претпоставку невиности у члану 19. и даје следећу дефиницију:

- Свако је невин док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда.

Важећи Устав из 2006. године у члану 34. став 3. као људско право дефинише претпоставку невиности на следећи начин:

- Свако се сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда.

1.7.3.2. Претпоставка невиности у законима

Што се тиче претпоставке невиности у законима Републике Србије, интересантно је напоменути да је Законик о поступку судском и кривичним делима из 1920. у члану 1. садржао рудиментарни облик претпоставке невиности у следећем тексту:

- Нико не може бити осуђен и кажњен за злочинства и преступлења, докле не буде његова кривица, по правилима овог Законика ислеђена и пресуђена⁴¹⁷.

Иако цитирана одредба заиста представља назнаку претпоставке невиности, ипак идеја настанка ове одредбе није лежала у претпоставци невиности као људском праву. Суштински, ради се о једној другој идеји, која и данас у Уставу има своју материјализацију, а то је правна сигурност у кривичном праву.⁴¹⁸ Ипак, ова одредба има значајну улогу, тим пре што је предратни Закон о судском кривичном поступку из 1929. не садржи.

Први кривични процесни закон након Другог светског рата - Закон о кривичном поступку из 1948. такође не садржи претпоставку невиности

⁴¹⁷ Б. А. Милојковић, Законик о поступку судском и кривичним делима са објашњењима и коментаром са Полицијском уредбом и Законом о пороти, Штампарија Супек-Јовановић и Богданов, Нови Сад, 1920, стр. 5.

⁴¹⁸ Устав Републике Србије, Члан 34 Правна сигурност у казненом праву

окривљеног, али је ова претпоставка у правни систем унета следећим процесним законом Закон о кривичном поступку из 1953. Ово је први закон који помиње претпоставку у члану 3 тако што наводи:

- лице против кога је покренут кривични поступак не сматра се кривим све док његова кривична одговорност, као учиниоца кривичног дела, није утврђена правноснажном пресудом.

Прецизније речено, овим законом је дефинисана претпоставка некривице, што је концепција за коју се десет година касније определио и уставотворац у Уставу из 1963.

Следећи дефиницију из Устава из 1963. године Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 1965. године мења текст претпоставке невиности тако што преписује уставни текст:

- нико не може бити сматран учиниоцем кривичног дела док то не буде утврђено правноснажном пресудом.

Исту логику усклађивања закона са уставом следи законодавац и након Устава из 1974 године. Закон о кривичном поступку из 1976. у члану 3. преузима дефиницију из Устава СФРЈ из 1974 године „нико не може бити сматран кривим за кривично дело док то не буде утврђено правноснажном пресудом“.

Логичан след истоветног дефинисања претпоставке невиности у уставу и закону накратко је прекинут је у Законнику о кривичном поступку из 2001. године који првобитно, није на исти начин формулисао претпоставку као и Повеља о људским правима Државне заједнице Србија и Црна Гора. Наиме, законодавац је остао при дефиницији претпоставке некривице, док се уставотворац определио за претпоставку невиности. Ова нелогичност је исправљена Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 28. маја 2004. тако што је у члану 3. уместо *не сматра се кривим* унето: *сматра се невиним*. Усклађивањем законског текста са уставним одредбама прекинута је четрдесетогодишња традиција претпоставке некривице.

Законик о кривичном поступку 2011. године прописује претпоставку невиности у члану 3. формулацијом:

- свако се сматра невиним док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда.

У ставу 2. истог члана прописана је обавеза државних и других органа и организација, средстава јавног обавештавања, удружења и јавних личности да се придржавају претпоставке невиности и својим изјавама о окривљеном, кривичном делу и поступку не повређују права окривљеног. Очигледно је да је законодавац дао дефиницију претпоставке невиности која одговара дефиницији из Устава. Међутим, интересантно је да законодавац прописује и обавезе других „носилаца друштвене моћи који могу имати утицаје на органе преткривичног и кривичног поступка“⁴¹⁹, као што су државни органи, медији, удружења и јавне личности да поштују права окривљеног.

Законодавство у Републици Србији познавало је неколико покушаја правне регулације кршења претпоставке невиности. Наиме, постојала је тенденција кривичног кажњавања кршења претпоставке невиности или кажњавања кроз друга казнена дела – привредни преступ и прекршај. Тако, од почетка 2010. године до краја 2012. године⁴²⁰ на снази је било кривично дело *Недозвољено јавно коментарисање судских поступака* прописано чланом 336а Кривичног законика у групи кривичних дела против правосуђа. Кривично дело је гласило:

- Ко за време трајања поступка пред судом, а пре доношења правноснажне судске одлуке, у намери да повреди претпоставку невиности или независности суда, даје јавне изјаве у средствима јавног

⁴¹⁹ Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *op.cit.*, стр. 68.

⁴²⁰ Уведено је Законом о изменама и допунама Кривичног законика „Сл.гл.РС. бр. 111/2009“ од 29.12.2009., а престало да важи Законом о изменама и допунама Кривичног законика „Сл.гл РС бр 121/2012“ од 24.12.2012. године

информисања, казниће се казном затвора до шест месеци и новчаном казном.⁴²¹

Увођење овог кривичног дела десило се у јеку тзв „реформе правосуђа“ и изазвало је велику полемику у стручној јавности, а као разлог за увођење овог кривичног дела, образложено од стране предлагача Министарства правде, била је „дужност целе Србије да заштити и пружи подршку судијама и тужиоцима“.⁴²² Новинарска удружења и адвокатске коморе су приговарале увођењу овог кривичног дела. Неколико разлога је довело до његовог укидања. Прво, чињеница да је у пракси било непримењиво, јер је постојала обавеза доказивања намере кршења претпоставке невиности, што је практично немогуће. Друго, апсурдни став да је кривично дело, којим се штити претпоставка невиности, унето ради заштите судија, а не заштите окривљених и правичности суђења. Треће, прекомерност у примени правне заштите у виду посезања за кривичним правом, као ултимативним симболом права државе на употребу силе. Четврто и најважније – чињеница да је ово кривично дело могло да представља претњу по слободу медијског извештавања, у смислу да је могла да делује као „хладан туш“⁴²³ на медије.

Неуспели покушај кривично правне заштите претпоставке невиности био је праћен и Законом о јавном информисању⁴²⁴ који је увео одговорност за привредни преступ медија у случају кршења претпоставке невиности. Уставни суд је ову одредбу огласио неуставном и навео да одговорност медија не може

⁴²¹ О кривичном делу недозвољеног коментарисања судских поступака видети више у: Н. Делић, „Кривична дела против правосуђа у светлу измена и допуна из 2009 године“, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*, година 1, 1/2010, 77-103.

⁴²² Изјава државног секретара Слободана Хомена за Политику: *Србија разговара - Забрана коментарисања судских поступака*, Политика, 27.12.2009. године. У истом интервјуу је навео и „јер је неприхватљиво да се људи који су храбри (судије и тужиоци, прим.аутор)... развлаче по медијима само зашто што коректно раде свој посао... да смо цивилизовано друштво, члан попут овог 336а не би био ни потребан“, доступно на <http://www.politika.rs/sr/clanak/117433/%D0%A1%D1%80%D0%B1%D0%B8%D1%98%D0%B0>

⁴²³ ЕСЈП користи синтагму „хладан туш“ у пресуди *Ruokanen and others v Finland*, ЕСtHR, Appl.но.45130/06, 6 April 2010, пара 51-52.

⁴²⁴ Закон о јавном информисању ("Службени гласник РС", бр. 43/03, 61/05 и 71/09, 89/10), члан 37 и 92б

представљати привредни преступ, већ прекршај.⁴²⁵ У том смислу су уследиле и измене Закона о јавном информисању. Међутим, ове одредбе доживеле су исту судбину као и прописано кривично дело, у целости су брисане доношењем новог Закона о јавном информисању и медијима.⁴²⁶

Важећи Закон о јавном информисању и медијима⁴²⁷ у члану 73. прописује обавезу медија на поштовање претпоставке невиности наводећи да се нико „у медију не сме означити учиниоцем кажњивог дела, односно огласити кривим или одговорним пре правноснажне одлуке суда“. Закон не предвиђа казнену одредбу за кршење ове обавезе, али у члану 101. прописује облике парничних тужбених захтева у случају кршења претпоставке невиности и то: утврђивање повређеног права, забрана поновног објављивања информације, уклањање или уништење објављеног записа. Наведене одредбе не искључују грађанску одговорност за накнаду штете у случају повреде права на претпоставку невиности.

Одредбе важећег Законика о информисању и медијима чини се да представљају адекватан основ за постизање баланса између права на претпоставку невиности и слободе изражавања, односно баланса између права на правично суђење и поверење грађана у правосуђе, са једне стране и улоге медија као „пса чувара демократије“ са друге стране. Ове одредбе, саме по себи не дају никакве смернице у погледу постизања баланса, већ само представљају законску основу за такво закључивање. Стога, ради постизања адекватног баланса, неопходно је да домаћи судови прате и прихвате праксу ЕСЉП у погледу односа судова и медија, као и утицаја медија на право на правично суђење.

Интересантне су актуелне идеје о ревитализовању кривично правне заштите од повреде претпоставке невиности које заговарају представници адвокатури. Тако, Адвокатска комора Београда је током 2018. године поднела

⁴²⁵ Одлука Уставног суда Србије IVз-228/2009

⁴²⁶ Закон о информисању и медијима, „Сл.гл.РС“ бр.83/2014

⁴²⁷ Закон о информисању и медијима „Сл.гл.РС“ 83/2014, 58/2015 и 12/2016

иницијативу за измену Кривичног законика тражећи да се кршење претпоставке невиности пропише као посебно кривично дело.⁴²⁸

1.7.4. Претпоставка некривице/невиности у правној теорији на тлу Југославије и Србије

Настанак и трансформација претпоставке невиности у уставним и законским текстовима пратила је и правно теоријска дебата о улози и значају претпоставке невиности у Србији и Југославији. Тако, Васиљевић полази од ужег тумачења претпоставке невиности идентификујући је са теретом доказивања, па наводи да претпоставка невиности има значење „да окривљени није дужан да доказује своју невиност“⁴²⁹. Водинелић заступа шири приступ претпоставци невиности и наводи да је претпоставка невиности начело личне гаранције.⁴³⁰ Слично њему, али подижући претпоставку невиности на виши ниво, Лазин је мишљења да је претпоставка невиности „основно начело у кривичном поступку који регулише положај окривљеног“.⁴³¹ Да претпоставка невиности није виђена само као просто право окривљеног сведочи и теза Јекић која наводи да је „претпоставка невиности више од права окривљеног, јер окривљени може да се одрекне својих права, а од претпоставке невиности не може да се одрекне, јер она делује и у случају одрицања – када окривљени призна кривицу“⁴³².

У новијој теорији кривичног процесног права приметан је шири приступ дефинисању појма и значаја претпоставке невиности. Тако, Ђурђић претпоставку невиности види као „темељну гаранцију која штити окривљеног од

⁴²⁸ О овоме видети више у новинском тексту: Дијалог нет «Иницијатива да се кршење претпоставке невиности пропише као посебно кривично дело», доступно на <https://www.dijalog.net/inicijativa-da-se-krsenje-pretpostavke-nevinosti-propise-kao-osebno-krivicno-delo/>

⁴²⁹ Т. Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1977, стр. 10-11.

⁴³⁰ В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 49.

⁴³¹ Ђ. Лазин, „Садржина и правна природа претпоставке невиности“, *Анали* 5-6/1981, стр. 324.

⁴³² З. Јекић и Р. Данић, *Кривично процесно право*, ДТА Trade, Београд 2004, стр. 123.

предубеђења“.⁴³³ Шкулић сматра да је претпоставка невиности „неизоставна гаранција положаја окривљеног“⁴³⁴ која обухвата: право окривљеног да буде сматран невиним, ослобођење окривљеног од терета доказивања сопствене невиности, уставну и међународноправну гаранцију и елемент права на правично суђење.⁴³⁵ Илић полази од тезе да претпоставка невиности има вишеструк значај, који, између осталог, обухвата: терет доказивања на страни тужиоца; заштиту од стигматизације окривљеног; обавезу да се оптужби приступа без предрасуда, притисака, страха и подвођењима за ауторитетима који потичу из извора друштвене моћи.⁴³⁶ Чејовић који је садржајном монографијом о претпоставци невиности писаном на српском језику, дао незамањив научни допринос српске науке овој теми, одређује претпоставку невиности као концепт који инволвира три правна правила, и то: поступање без предрасуда и предубеђења о кривици окривљеног, терет доказивања не сме бити на окривљеном и сумња у релевантне чињенице (тзв. ризик недоказаности) мора бити у корист окривљеног.⁴³⁷

Може се рећи да је камен спотицања у српској и југословенској правној теорији било питање поимања претпоставке невиности у правно техничком смислу, односно да ли претпоставка невиности може да има природу правне пресумпције. Тако, Жекић указује на чињеницу да је „правноснажном осуђујућом пресудом могуће оповрћи претпоставку невиности, чак, шта више, то се дешава чешће него очување претпоставке ослобађајућом пресудом“⁴³⁸ и због тога изражава сумњу да је таква чињеница у складу са природом „чврстине кривично процесних начела“. Истог става је и Водинелић питајући се каква је то пресумпција за коју „унапред претпостављамо да ће се и у конкретном случају показати као погрешна и то управо на основу пребогатог искуства правосудне праксе...мало вероватна пресумпија невиности претвара се, снагом логике, у

⁴³³ В. Ђурђић, *op.cit.*, стр. 45.

⁴³⁴ М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 124.

⁴³⁵ *Ibid.*, стр. 126.

⁴³⁶ Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *op.cit.*, стр. 67-68.

⁴³⁷ Б. Чејовић, *op.cit.*, стр. 30.

⁴³⁸ З. Жекић, „Претпоставка невиности окривљеног у ЗКПу од 1976“, *ЈРКК*, бр.4/1977., стр. 26.

пресумпцију виности“.⁴³⁹ Стога, Водинелић сматра да претпоставка невиности не може бити пресумпција, већ квазипресумпција.⁴⁴⁰ Исти став има и Кнежевић.⁴⁴¹ Можда је најинтересантнији став Бајера који наводи да је претпоставка невиности само привремена претпоставка или радна хипотеза.⁴⁴² Идеја о претпоставци невиности као радној хипотези у целости се поклапа са савременом Трешеловом тезом да је претпоставка невиности, логички гледано „хипотеза, замишљена позиција која представља полазећу тачку за методичко испитивање“⁴⁴³

Што се тиче питања опредељења за концепт претпоставке невиности или претпоставке некривице, може се рећи да је српска и југословенска научна јавност била скоро јединствена у подршци концепцији претпоставке некривице. Међутим, разликовали су се начини разумевања ове концепције. Једни аутори су сматрали да се не ради о истој претпоставци, док су други сматрали да ове две претпоставке имају идентично значење. Тако, Васиљевић наводи „*не сматра се кривим* ни у ком случају није исто што и *сматра се невиним*.....до правноснажно осуђујуће пресуде не може се сматрати кривим...али се дотле не може сматрати ни невиним, већ је сумњиво лице, и тај положај повлачи последице које се према невином лицу не би могле применити“⁴⁴⁴. Супротно становиште има Водинелић који наводи „чвор је управо у томе што *не сматра се кривим* правно и јесте сасвим исто што и *сматра се невиним*“.⁴⁴⁵

У односу на новије текстове, неки аутори подржавају идеју претпоставке некривице, док други сматрају да не постоји разлика између претпоставке невиности и претпоставке некривице. Тако, Кнежевић је мишљења да је концепт

⁴³⁹ В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 55.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, стр. 60.

⁴⁴¹ С. Кнежевић, *op.cit.*, стр. 76.

⁴⁴² V. Bayer, „Pretpostavka okrivljenikove nevinosti u jugoslovenskom krivičnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3-4/1960, преузето из В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 65.

⁴⁴³ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 156.

⁴⁴⁴ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Завод за издавање уџбеника Социјалистичке републике Србије, Београд 1971, стр. 296.

⁴⁴⁵ В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 66.

претпоставке некривице прихватљивији са становишта опште логике и логике поступка, јер „тешко је оправдати примену мера процесне принуде (нарочито притвора) и других мера према окривљеном (предузимање телесног прегледа противно његовој вољи, ношење лисица на рукама или слично) као некоме, ко се сматра невиним“.⁴⁴⁶ Слично мишљење заступају и Грубач и Васиљевић који сматрају да између претпоставке невиности и претпоставке некривице „не постоји велика и суштинска разлика“⁴⁴⁷, али да „пресумпција некривице више одговара логици и стварном положају окривљеног у кривичном поступку него пресумпција невиности...треба имати у виду да осим ситуације *крив* и ситуације *невин* постоји и трећа ситуација у којој се налази окривљени: ситуација у којој се показује као *сумњив*.“⁴⁴⁸ Шкулић сматра да не постоји разлика између појмова *невиност* и *некривица* и да је цела дебата о претпоставци невиности и претпоставци некривице беспредметна, јер у суштини обе претпоставке имају исто значење, с обзиром да су појмови *виност* и *кривица* синоними.⁴⁴⁹ Ипак, сматра да претпоставка невиности има јасније значење, јер се „формулише у позитивном облику... има и нешто позитивнију симболичку конотацију и психолошко значење за окривљеног“⁴⁵⁰

1.7.5. Претпоставка некривице и/или претпоставка невиности – права или лажна дилема?

Из кратког прегледа домаће теорије кривичног права можемо да закључимо да је претпоставка некривице дубоко укорењена у нашу правну теорију. Након уставне и законске трансформације претпоставке некривице у претпоставку невиности бројни аутори су и даље заговарали претпоставку некривице као логичнију или су сматрали да не постоје суштинске разлике између ове две претпоставке. Истини за вољу, недостају анализе о томе да ли и које

⁴⁴⁶ С. Кнежевић, *op.cit.*, стр. 80.

⁴⁴⁷ М. Грубач, Т. Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, тринаесто издање – према Законика из 2011. године, Пројурис, Београд, 2014., стр.37.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, стр. 38.

⁴⁴⁹ М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 125.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, стр. 125.

разлике постоје између ове две претпоставке, из којих би се могао извести закључак да утврђене разлике „нису суштинске“⁴⁵¹. Дакле, приметно је да је домаћа теорија склонија претпоставци некривице, али је такође приметно да не постоје детаљне анализе да ли, сем језичке разлике, уопште постоји разлика између ове две претпоставке и у чему се састоји.

Нама се чини да је у анализи разлике између ове две претпоставке потребно поћи кривичнопроцесних начела и института који леже у сржи обе претпоставке. Можемо закључити да обе претпоставке подразумевају: терет доказивања на страни тужиоца; захтевани стандард доказивања; право окривљеног да се брани ћутањем и да себе не терети; правило *in dubio pro reo*. Стога, у погледу кривичнопроцесних начела и института, не постоје разлике између ове две претпоставке, а можемо закључити да не постоје ни разлике у одговору на питање: на кога се претпоставка примењује, ко има обавезу поштовања претпоставке, како и до када се примењује? Међутим, уколико поставимо питање на који начин се примењује претпоставка невиности/некривице, тада би могли да наиђемо на разлике. Трагајући за разликама кренућемо од теза домаћих теоретичара изнетих у прилог претпоставци некривице.

Да би боље разумели разлику у погледу начина примене обе претпоставке, потребно је да се за тренутак вратимо коренима, тј филозофији права. Наиме, претпоставка невиности, сама по себи, као процесна гаранција и људско право, нема за амбицију да прејудицира нечију материјалну (фактичку, стварну) невиност. Она има за циљ само успостављање процесне основе за даље поступање суда у циљу изједначења положаја страна пред судом. Дакле, потребно је разликовати материјалну невиност од процесне (правне, пробаторне) невиности.

За примену претпоставке невиности/некривице од стране правосуђа није ни од каквог значаја да ли је окривљени стварно учинио кривично дело или није. Претпоставка има да се примени, без обзира на материјалну кривицу окривљеног.

⁴⁵¹ М. Грубач, Т. Васиљевић, *op.cit.*, стр. 37.

У примени претпоставке/и невиности, судије и тужиоци ни на који начин не смеју бити оптерећени исходом поступка, јер сам исход поступка не може ретроактивно да поништи дејство претпоставке невиности/некривице која је постојала током поступка. Стога, теза да се претпоставка невиности у највећем броју случаја оповргава правноснажним осуђујућим пресудама, није потпуно тачна. Правноснажном осуђујућом претпоставком се установљава нечија материјална кривица, а на путу њеног установљења процесна претпоставка невиности/некривице била је само почетна хипотеза. Дакле, утврђена *материјална кривица* ни на који начин не може да оповргне *процесну невиност/некривицу*.

Уколико прихватимо тезу о претпоставци невиности/некривице као процесној (правној, пробаторној) претпоставци, а не материјалној претпоставци, нужно закључујемо да је друга теза присталица претпоставке некривице о постојању „сумњивих“ лица која стоје на средини између невиних и кривих, у целости неприхватљива. Ово из разлога што је теза о „сумњивим“ лицима је изведена из материјалног, а не процесног поимања појма кривице/некривице.

Трећа теза коју користе присталице претпоставке некривице тиче се чињенице да се у односу на окривљеног током поступка примењују мере процесне принуде. Приликом одлучивања о примени мера процесне принуде судије и тужиоци су у обавези да поштују претпоставку невиности/некривице. Управо ова претпоставка спречава прекомерну примену мера процесне принуде и ограничава њихови примену у том смислу да се не сме се применити ниједна тежа мера, уколико се исти циљ може постићи и блажом. Примена мера процесне принуде има свој рацио током поступка, али чињеница је да примена мера процесне принуде није ни у каквој корелацији са материјалном невиношћу/некривицом. Односно, искуство говори да судови ослобађају окривљене у односу на која су примењене мере процесне принуде, исто као што и осуђују окривљене у односу на које ове мере нису примењене. У односу на обе категорије окривљених претпоставка невиности/некривице примењивала се током целог поступка. Чини се да, заступајући ову тезу, аутор даје значај симболичкој поруци коју мере процесне принуде шаљу, како учесницима у поступку, тако и

широј јавности. Символичка порука мера процесне принуде је симболичка порука кривице или сумње у односу на окривљеног. Управо претпоставка невиности/некривице и служи томе да се последице такве симболичке поруке умање, односно спрече. У смислу мера процесне принуде, не постоји ниједна разлика између претпоставке некривице и претпоставке невиности.

Како смо покушали да оспоримо тезе које указују на разлику између претпоставки, а које су изнете у циљу оправдавања примене претпоставке некривице, трагаћемо за другим разликама између ове две претпоставке.

Језички гледано, две претпоставке се разликују само у једној речи, тј. појму „кривице“ и „невиности“. У језичком смислу могуће је тумачење по ком су појмови „кривице“ и „виности“ идентични, па тиме и опозити ових појмова „некривица“ и „невиност“, како тврди Шкулић⁴⁵². Међутим, могуће је и језичко тумачење ова два појма на другачији начин. основни појам „кривице“ има негативну моралну конотацију, док основни појам „невиности“ има позитивну моралну конотацију. Са друге стране, појмови „кривице“, „не кривице“, па и „виности“ су појмови који се употребљавају у праву и јасно су дефинисани у кривичном праву и кривичној науци. Појам „невиности“ није правни појам, односно није правно дефинисан појам, а у праву се употребљава искључиво у оквиру појма претпоставке невиности.

Следствено наведеном језичком тумачењу, можемо да закључимо да је појам „кривице“/„некривице“ правно дефинисан појам, а појам „невиности“ је појам који није својствен праву, већ је етички појам. Дакле, „кривица“ би се могла посматрати као правна категорија, док је „невиност“ више морална категорија. У том смислу, појам „невиности“ има и „нешто позитивнију симболичку конотацију“.⁴⁵³

Да ли овакво језичко тумачење може да се рефлектује на прављење разлике између претпоставке некривице и претпоставке невиности? Наше је становиште

⁴⁵² М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 125.

⁴⁵³ *Ibid.*, стр. 125.

да нужно ствара последице у тумачењу. Наиме, уколико кажемо да у односу на неко лице постоји претпоставка некривице, то може да се тумачи да ова претпоставка важи само у сфери кривичног права за тачно одређено кривично дело које се том лицу ставља на терет, као и да ова претпоставка не отклања сумњу у односу на то лице за било које друго кривично дело, или било коју другу кажњиву радњу. У том смислу Липке правилно указује да „некривица подразумева постојање значајних сумњи у поштовање закона од стране неког лица... као и могућност да некривица неког лица проистекне само због грешака или непредвидивости кривичног поступка“. ⁴⁵⁴ Такође, појам претпоставке некривице не обавезује на поштовање достојанства и личности лица у односу на које се примењује, јер правни појам „кривице“ не залази у моралне категорије поштовања личности.

Са претпоставком невиности ствари стоје другачије. Ова претпоставка обавезује да лице у односу на које се примењује сматрамо невиним, не само у односу на кривично дело које му се ставља на терет, већ и у односу на сва друга кажњива дела или радње супротне моралу. Обавеза примене ове претпоставке, стога обухвата и моралну обавезу поштовања достојанства и личности. Стога, са становишта једне од сврха претпоставке невиности, а то је „спречавање стигматизације окривљеног“ ⁴⁵⁵ позитивно симболичко значење невиности има значајну улогу. У том смислу, основана је и примедба Шкулића да претпоставка невиности, у односу на претпоставку некривице има повољније психолошко значење у односу на окривљеног ⁴⁵⁶, с тим што је потребно напоменути да позитивно симболичко значење појма „невиности“ обавезује и све друге – правосуђе, медије, па и јавност у спречавању симболичке или стварне стигматизације окривљеног у поступку.

⁴⁵⁴ R. L. Lippke, *op.cit.* (2016), pg 6.

⁴⁵⁵ A. Gray, *op.cit.* (2017), pg 13.

⁴⁵⁶ М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 125.

Стога можемо да закључимо да претпоставка некривице и претпоставка невиности и јесу и нису истоветне. Њихова истоветност у правном тумачењу јесте идентична, али у етичком смислу између ове две претпоставке постоје значајне разлике. Пракса међународних судова, а нарочито ЕСЉП јасно указује да претпоставка невиности, поред тога што је правна категорија, има и извесну етичку вредност која представља мета правни принцип владавине права, о чему ће више речи бити касније. Због тога је претпоставка невиности шири појам од претпоставке некривице, јер обухвата и обавезу спречавања стварне или симболичке стигматизације окривљеног и поштовање његовог достојанства и личности

ДЕО ДРУГИ

ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

2.1. КОНЦЕПТ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА У ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА У ОКВИРУ СЕ

2.1.1. Концепт владавине права Савета Европе. Владавина права као мета правни принцип⁴⁵⁷

Владавина права представља јавно правни концепт који суштински значи контролу јавне моћи путем права с циљем заштите појединца.⁴⁵⁸ Развој међународног права људских права, након Другог светског рата, које у фокус ставља појединца, постаје погодно тло за подизање владавине права на ниво правила међународног јавног права. Тако, Универзална декларација о људским правима, у преамбули, успоставља везу између људских права и владавине права.⁴⁵⁹ Владавина права, као међународно правни стандард у области заштите људских права, тј. заштите појединца од државе, постаје пример како

⁴⁵⁷ Mr Martin Loughlin (Expert, United Kingdom), European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) *The Rule of Law in European Jurisprudence*, Strasbourg, 29 May 2009 Study 512/2009 CDL-DEM(2009)006*, 2-3, доступно на [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM\(2009\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM(2009)006-e), као и W. Maley „Norms as frames for Institutions. The Pact of Paris, Nuremberg and the international rule of law“ in C. Sampford and R. Thakur (eds) *Institutional Supports for the International Rule of Law*, 116-131.

⁴⁵⁸ G. Lautenbach, *op.cit.*, pg 1.

⁴⁵⁹ Такође, Генерални секретар УН-а исцрпно говори о владавини права у извештају из марта 2005. године., Види: UN General Assembly (2005) A/59/2005 at 128, www.mineaction.org/sites/default/files/documents/A%2059%202005

међународно јавно право, не само да просто веже државе у међусобним односима, већ гради утицај на функционисање интерних правних система држава.⁴⁶⁰

После Другог светског рата постало је неспорно да ефективна заштита људских права захтева правни систем који одговара стандардима владавине права⁴⁶¹, односно да је владавина права предуслов за развој људских права и испуњење међународних обавеза и она постаје саставни део устава појединачних држава. Међутим, поставило се питање – шта је то владавина права. Боље речено, форма владавине права није била спорна, спорна је била њена садржина. Дискусије о садржини концепта владавине права показале су да у суштини овог концепта увек лежи владајућа идеологија, јер када се владавина права истргне из историјског и институционалног концепта, она није ништа више до празна шкољка.⁴⁶² Након окончања хладног рата, западна цивилизација је утонула у сан краја историје⁴⁶³ верујући да је западно европски– демократско либерални концепт владавине права, отелотворен у документима Савета Европе и његових тела, једини могући концепт владавине права. Убрзо је историја показала да је владавина права, онако како је види Савет Европе, остала и даље само у оквиру Савета Европе и његових тела – пре свега ЕСЉП, додуше уз јак утицај на државе и међународне документе који у значајној мери преузимају ставове ЕСЉП.

Концепт владавине права у органима УН остаје вредносно и идеолошки неутралан и нема либерално демократски фокус својствен органима СЕ, а суштински потенцира један од елемената владавине права – захтев за легалитетом, свакако уз поштовање међународног јавног права, па и људских права. Отуда и разлике у одлукама ЕСЉП и тела УН у погледу заштите појединачних људских права која су прописана документима обе организације, на идентичан или скоро идентичан начин. Управо захваљујући таквом концепту

⁴⁶⁰ G. Lautenbach, *op.cit.*, pg 2.

⁴⁶¹ K. Vasak, P. Alston (eds), *The International Dimensions of Human Rights*, vol 1., Unesco, Paris 1982, pg 5.

⁴⁶² J. Chevallier, *L'Etat de droit*, 4th edn, Montchrestien, 2003, 52, преузето из G. Lautenbach, *op.cit.*, pg 18.

⁴⁶³ Крај историје је конципиран у чувеном делу: Ф. Фукујама, *Крај историје и последњи човек*, ЦИД, Подгорица, 1998.

владавине права, који почива на либерално демократској идеологији, ЕСЉП је постало тело који нуди највише стандарде заштите људских права на међународном нивоу. Практично, лидер заштите људских права. Утицај ЕСЉП је био двосмеран, па је тако његова пракса утицала и на уставне и законске реформе у земљама чланицама СЕ. То је разлог због кога се ЕСЉП неретко назива Европским Уставним судом.⁴⁶⁴

Владавина права дефинисана је као правни принцип у Статуту Савета Европе на два места. Прво, у преамбули Статута којом је дефинисана посвећеност земаља чланица владавини права, либералном политичком опредељењу и индивидуалним слободама, као основним принципима истинске демократије. Друго, у члану 3. Статута који дефинише да свака земља чланица Савета Европе има обавезу прихватања принципа владавине права.

Међутим, владавина права у оквиру Савета Европе превазишла је димензију правног принципа тако што, у контексту демократског друштва, постаје и политички идеал, у ком није могуће јасно разлучити демократију од владавине права.⁴⁶⁵ Спој либерално демократског политичког идеала и владавине права, као правног принципа, доводе до тога да владавина права превазилази ригидну димензију права. У одлукама ЕСЉП спој идеала демократије у владавине права читава се у поимању владавине права као мета правног принципа судских одлука.⁴⁶⁶ Тако, Европска конвенција о људским правима почива на концепту владавине права⁴⁶⁷, а ЕСЉП се неретко и позива на владавину права као заједничко наслеђе европских држава, односно централни циљ коме

⁴⁶⁴ E. Bates, *The Evolution of the European Convention of Human Rights, From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press 2010, pg 157.

⁴⁶⁵ G. Lautenbach, *op.cit.*, pg 14.

⁴⁶⁶ О овом и начину на који мета принципи СЕ постају принципи политичког морала у ЕУ више у: G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2012, pg 89.

⁴⁶⁷ T. Meron, *The Implications of the European Convention on Human Rights for the Development of Public International Law*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, pg 8.

стреми.⁴⁶⁸ Уједно, ЕСЉП потврђује и да је садржина прихваћеног концепта људских права условљена традицијом „заједничког наслеђа политичких традиција, идеала, слободе и владавине права“⁴⁶⁹ које су државама дате на спровођење.

2.1.2. Европски суд за људска права

Европски суд за људска права је основни стуб архитектуре заштите људских права у оквиру СЕ. Седиште му је у Стразбуру, а установљен је 1959. године након што је осам земаља потписница, у складу са важећим захтевом Конвенције, декларацијом признало обавезну надлежност ЕСЉП. Први предмети су пристигли две године касније. Тек 1998. године ЕСЉП је успостављен као стални орган Конвенције који има обавезну надлежност за чланице СЕ, које су уједно и чланице Конвенције. Од оснивања ЕСЉП је донео 21.651 пресуду, а број предмета је до 2013. године био у сталном порасту.⁴⁷⁰ Како је Државна заједница Србије и Црне Горе Конвенцију ратификовала 3. марта 2004. године, надлежност ЕСЉП у односу на заштиту људских права у Србији важи од тог датума.

ЕСЉП има конвенционалну надлежност међународног суда у виду надлежности по основу међудржавних представки. Међутим, највећи значај ЕСЉП је чињеница да се њему могу обратити за заштиту својих права појединци, групе и организације непосредно, без посредовања конвенционалних субјекта међународног права (држава и владиних међународних организација).

Положај индивидуе у међународном праву представља једно од спорних питања међународног јавног права. Аутори који се баве људским правима склонили су да индивидуи придају својство субјекта људских права, за разлику од

⁴⁶⁸ *Golder v United Kingdom*, ECtHR, App.no.4451/70, 21 February 1975, para 34, као и *Engel and others v Netherland*, ECtHR, Appl.no.5100/71, Series A no 22, 8 June 1976, para 69

⁴⁶⁹ *United Communist Party of Turkey and others v Turkey*, ECtHR, Appl.no.19392/92, 30 January 1988, para 27, 45

⁴⁷⁰ The ECHR in fact and figures 2018, Council of Europe, 2018, 4-5, доступно на https://echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2018_ENG.pdf

аутора који се баве међународним јавним правом у ширем смислу.⁴⁷¹ Ипак, без обзира на теоријску концепцију положаја индивидуе у међународном праву, неспорна је чињеница да појединац нема способност заштите индивидуалних права на међународном нивоу сопственим политичким или дипломатским деловањем.

Европски суд за људска права отвара могућност појединцу да своја права лично штити правним механизмима на међународном нивоу. Могућност појединца да се појави пред међународним судом и самостално штити своја права, отворила је дилему о томе да ли ова чињеница, сама по себи, указује и на настанак међународноправног субјективитета појединца, с обзиром на чињеницу да је „појам процесне способности у међународном праву у блиској вези са међународноправним субјективитетом“.⁴⁷²

Право индивидуалне представке које на међународни терен уводи ЕСЉП, у доброј мери је изазвао забринутост држава из разлога што ова могућност отвора врата за различита тумачења појма субјективитета индивидуе у међународном праву. Са друге стране, могућност појединца да своја права самостално штити на међународном терену, потенцијално представља политички проблем за државу. Тако, Велика Британија је упорно лобирала, током израде нацрта текста Конвенције, да могућност индивидуалне представке пред ЕСЉП буде опциона за државе чланице. Како у томе није успела, Велика Британија све до 1966. године није прихватила право индивидуалне представке.⁴⁷³

Архитектонски треножац заштите људских права у оквиру СЕ у виду Европског суда за људска права, Европске комисија за људска права и Комитета министара СЕ временом се мењао. Тако, Додатним протоколом 11. Комисија је престала да постоји, односно дошло је до спајања надлежности Комисије и Суда у корист Суда. Комитет министара СЕ је задржао надлежност контроле извршења

⁴⁷¹ О положају индивидуе у међународном праву видети више у: М. Крећа, *op.cit.*, стр. 132-136

⁴⁷² С. Ђајић, *Међународно правосуђе*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 29.

⁴⁷³ О активностима Велике Британије у погледу спречавања индивидуалних представки ЕСЉП видети више у: В. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 4-5.

одлука Суда, с тим што је, иако примарно политичко тело, временом, у доброј мери превазишао ту основну црту.⁴⁷⁴ Додатним протоколом 14. уводе се правила да ЕСЉП представке неће разматрати уколико: подносилац није претрпео знатнију штету, уколико поштовање људских права не захтева њено испитивање и уколико случај претходно, на ваљан начин, није испитан од стране домаћих судова.⁴⁷⁵ Конвенција познаје посебно тело Комесар за људска права, који сходно члану 36. Конвенције има право да поднесе писани поднесак и узме учешће у расправи у предметима пред већем или Великим већем. Улога Комесара ојачана је Додатним протоколом 16. тако што Комесар ово право проширује и на саветодавно мишљење ЕСЉП.

ЕСЉП је у пракси развио девет начела поступка.⁴⁷⁶ Три су начела која изазивају највише полемике у погледу праксе ЕСЉП, с обзиром да остављају највише простора за дискрециону оцену ЕСЉП. Уз помоћ ова три начела, ЕСЉП уједно и креира своје најзначајније одлуке.

Прво је начело демократског друштва. Ово начело ЕСЉП примењује у односу на чланове од 8. до 11. у ситуацији када одлучује о евентуалној повреди наведених права у случају њиховог ограничавања. Наиме, ограничење наведених права је дозвољено само уколико је одступање прописано законом, у интересу заједнице и неопходно у демократском друштву.

Друго је начело пропорционалности које је у тесној вези са начелом демократског друштва, с обзиром да се на основу њега процењује појам *неопходности* у демократском друштву. Међутим, ово начело се користи и код тумачења повреде других права, као што је право на мирно уживање имовине,

⁴⁷⁴ Д. Поповић, *op.cit.*, стр. 40

⁴⁷⁵ О изменама које доноси Протокол 14 видети више у: М. Пауновић, С. Царић, *Европски суд за људска права, надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације, Београд, 2007, 27-30 и Р. van Dijk et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2018., 34.

⁴⁷⁶ Начело супсидијаритета, начело демократског друштва, начело пропорционалности, начело слободе у одлучивању, начело правне сигурности, начело позитивних обавеза, начело ефикасности, начело забране злоупотребе права, начело у ограничавању права гарантованих Конвенцијом. О наведеној подели начела видети више у: М. Пауновић, С. Царић, *op.cit.*, стр. 30-36.

слободе кретања и слично. Интересантно је да је ЕСЈП начело пропорционалности почео да користи и приликом оцене повреде права на правично суђење, на шта ћемо се критички осврнути нешто касније.

Треће је начело слободе у одлучивању или *margin of appreciation*. Ово начело подразумева да држава има слободу процене у вези са предузимањем одређених мера којима се може мешати у права заштићена Конвенцијом, односно да у примени Конвенције држава има „извесна дискрециона права“.⁴⁷⁷ Ово начело указује на став ЕСЈП да Конвенција не захтева униформност у поступању, али истовремено признаје чињеницу постојања различитих друштвених и правних окружења у оквиру земаља чланица СЕ. Тако, Емерсон указује на чињеницу да се ЕСЈП, након проширења СЕ, морао прилагодити источно европским правним системима и традицијама.⁴⁷⁸ Где је граница дискреционих права држава одлучује ЕСЈП, уз незаобилазну констатацију да „Конвенција не оставља државама уговорницама неограничено овлашћење за слободу процену“.⁴⁷⁹

Како је Конвенција превасходно међународни уговор, ЕСЈП Конвенцију тумачи у складу са Бечком конвенцијом о уговорном праву и у складу са правилима тумачења међународног права. ЕСЈП полази од начела *Iura novit curia*, према ком начелу није везан наводима и доказним материјалном достављеним од стране странака и доказе може да прибавља сам, те није везан тужбеним основама наведеним у представци подносиоца.

Специфичности ЕСЈП у тумачењу огледају се у чињеници да ЕСЈП полази од тезе да заштићена „права нису теоријска и илузорна, већ практична и ефективна“⁴⁸⁰, те стога усваја начело тумачења заштићених права, према ком права и слободе постоје само уколико су практична и делотворна. Са друге стране, ЕСЈП је у потпуности свестан динамике друштвених односа на тлу

⁴⁷⁷ Д. Поповић, *op.cit.*, стр. 79.

⁴⁷⁸ В. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 667.

⁴⁷⁹ *Handyside v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.5493/72, 7 December 1976, para 49

⁴⁸⁰ *Airey v Ireland*, ECtHR, Appl.no.6289/73, 9 October 1979, para 24; *Marckx v Belgium*, ECtHR, Appl. no. 6833/74, 13 June 1979, para 31; *Soering v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.14038/88, 7 July 1989, para 87

Европе, као и чињенице да се перцепција људских права и слобода мења у оквиру друштвених промена, те у тумачењу повреде права полази од начела да је Конвенција „жив инструмент“ и да се мора тумачити у складу са околностима које постоје у тренутку тумачења. Чињеница да СЕ обухвата чланице различите правне традиције и да исти правни појам или институт може да има суштински различито значење у правним порецима држава чланице, навела је ЕСЉП да изнађе практично решење у виду креирања *аутономних појмова* уз помоћ којих одређује јасне дефиниције појмова из Конвенције, а уједно и спречава евентуалне злоупотребе у заштити људских права на националном нивоу.

Ипак, бројни аутори изазивају дилеме у погледу тога да ли су одлуке ЕСЉП увек добро и јасно образложене, кохерентне, конзистентне и теоријски засноване.⁴⁸¹ Са друге стране, сенке социолошких и политичких компоненти неретко лебде над пресудама ЕСЉП⁴⁸², а имајући у виду фреквенцију одлучивања о повреди права на правично суђење⁴⁸³, најчешће се дешава да се ове сенке надију управо у предметима који се тичу правичног суђења.

Инхерентна правна комплексност права на правично суђење са свим елементима у сложеним узајамним односима, као и либерално демократски концепт владавине права који ЕСЉП подржава, у комбинацији са сенкама социолошко политичких компоненти у одлучивању, чине процес одлучивања изузетно сложеним и неретко непредвидивим. Стога, пракса ЕСЉП не може да понуди ништа више до смерница које и саме неретко могу да буду збуњујуће и недоследне. Са друге стране, недостатак транспарентности у образлагању и

⁴⁸¹ О овом више у R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights, Article 6 of European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, London, 2014, pg 3.; F. Ost, “The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights” in M. D. Marty and C. Chodkiewicz (eds), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff, 1992, pg 284., као и T. Endicott, “The Impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 19, 1999, pg 18.

⁴⁸² О овом закључку видети више у: J. Christoffersen and M. Rask Madsen (eds), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2013.

⁴⁸³ Повреда права на правично суђење најчешћи је предмет представки. Право на правично суђење било је предмет одлучивања у чак 24,1% пресуда ЕСЉП у 2018. години. О овоме видети више у: *The ECHR in fact and figures 2018*, Council of Europe, 2018, 4-5, доступно на https://echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2018_ENG.pdf.

резоновању, недостатак конзистентности, кохерентности и јасноће у одлукама ЕСЈП може да води ка осећају правне неизвесности и тиме утиче на саме темеље на којима Суд почива, а то је владавина права.⁴⁸⁴ Чињеница је да ЕСЈП, иако формално није везан претходним одлукама (*stare decisis* доктрином из *common law* система), односно прецедентима, ипак тежи ка правној сигурности, извесности и једнакости и да без убедљивог разлога не одустаје од ранијих ставова.⁴⁸⁵ У том смислу Поповић сматра да прецеденти „не само да имају важну улогу у пракси Суда, већ су они од кључног значаја за разумевање европског права људских права уопште“⁴⁸⁶. Можемо стога да закључимо да је ЕСЈП разапет у тензији између потребе за правном сигурноћу прецедентне природе и чињенице да доследност у одлучивању често није правилно изведена.

Предности ЕСЈП значајно надилазе његове мане. Тако, уз све недостатке, можемо да се сложимо са констатацијом да је ЕСЈП „најупечатљивија супранационална судска институција икада креирана“.⁴⁸⁷

2.2. ЛЈУДСКА ПРАВА У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА – АУТОНОМНИ ПОЈМОВИ И ОПСЕГ ПРАВА ЗАШТИЋЕНИХ КОНВЕНЦИЈОМ

Кривично право, као грана права у којој држава спроводи монопол на употребу силе, па чак и физичке силе, представља ексклузивитет суверенитета држава. Додуше, теорија и наука кривичног процесног права израдила је бројне кривичноправне институте које су државе прихватале у својим правним

⁴⁸⁴ R. Goss, *op.cit.*, pg 7.

⁴⁸⁵ Став је заузет у одлуци *Stafford v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.46295/99, 28 May 2002, para 68

⁴⁸⁶ D. Popović, *Postanak evropskog prava ljudskih prava, Esej o sudskoj kreatinosti*, Službeni glasnik, 2013, стр. 70.

⁴⁸⁷ J. Christoffersen, M. Rask Madsen (eds), *op.cit.*, abstract.

системима и тако изградиле велике позитивноправне кривичнопроцесне системе – континентално-европски и англосаксонски или адверзијални.⁴⁸⁸

Кривичноправни институти и начела развијени у теорији и пракси, а посебно они који се тичу права окривљеног у поступку, почивају на етичким и практичним основама, те су стога, у великом броју, постали саставни део међународног права људских права. Једно од таквих начела је и претпоставка невиности и њу, додуше не у целости на исти начин, познају оба велика позитивноправна кривичнопроцесна система.

2.2.1. Појам и сврха аутономних појмова у заштити људских права у кривичним поступцима

Земље чланице СЕ су разноврсне, како из културолошког аспекта, тако и из аспекта друштвеног уређења и демократске традиције. Диверзитет земаља чланица је нарочито изражен после окончања хладног рата и приступања земаља из бившег источног блока. Такође, изражене су различитости у погледу правних традиција и правних система – од англосаксонског система до система континенталног права, односно од адверзијално/акузаторских елемената до елемената инквизиторског система. Разноврсне су и одредбе националног права о томе када почиње кривични поступак и шта се сматра кривичном оптужбом. Такође, државе могу идентичну радњу инкриминисати на различите начине – као кривично дело, прекршај, административни или дисциплински преступ и сл. Како се члан 6. примењује само на кривичне поступке, државе би прописивањем неке кажњиве радње под дисциплински или управни поступак, лако могле избећи примену члана 6. ЕКЈП.

Стога је ЕСЈП конституисао аутономни појам „кривичне оптужбе“ како се не би дозволило уговорницама да сачине категоризацију кажњивих дела или да прибегну „триковима“⁴⁸⁹ којим би избегли примену члана 6. ЕКЈП. Аутономни

⁴⁸⁸ О подели позитивноправних кривичнопроцесних система видети више у: М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 13.

⁴⁸⁹ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 15.

појам представља аутономно схватање ЕСЈП у односу на неке правне појмове/институте који постоје у унутрашњим правима држава потписница,⁴⁹⁰ и имају двостуку сврху: прва је да се избегне различита примена одређених права чија су садржина, обим и начин примене у националним правима различито одређени, а друга је да се спрече стране уговорнице да различитим прописивањем садржине, обима и начина примене неког права избегну ефективну заштиту одређеног права.

2.2.2. Аутономни појам кривичне оптужбе

„Да би се утврдило да ли постоји *кривична оптужба* мора се испитати ситуација у којој се налази оптужени – на основу домаћег права које је на снази – а у светлости циља постављеног у члану 6.“⁴⁹¹ Конституисање концепта „кривичне оптужбе“ у пракси суда започело је случајем *Engel and Others v. Netherlands*⁴⁹², а у новијој пракси Суда познат је случај *J.B. v. Switzerland*⁴⁹³. Додуше, случај *Engel* више служи за дефинисање појма кривично, док је појам оптужбе дефинисан више у предмету *Neumeister*⁴⁹⁴. ЕСЈП је из случаја Енгел преузео критеријуме за одлучивање да ли се ради о „кривичној оптужби“ у смислу члана 6. Конвенције, а двадесетак година касније је критеријуме симплификовао⁴⁹⁵ и они су данас познати као: „1. класификација норме у домаћем праву; 2. природа инкриминисане радње; 3. сврха казне; 4. природа и строгост казне“.⁴⁹⁶

⁴⁹⁰ Д. Поповић, *op.cit.* (2012), стр. 84.

⁴⁹¹ Ž. Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik, 2006, str. 201.

⁴⁹² *Engel and others v. Netherlands*, ECtHR, Appl.no.5100/71, 8 June 1976.

⁴⁹³ *J.B. v. Switzerland*, ECtHR, Appl.no.31827/96, 3 May 2001.

⁴⁹⁴ *Neumeister v Austria*, ECtHR, Appl.no.1936/63, 27 June 1968, para 28

⁴⁹⁵ Поједностављење критеријума је извршено у случају: *AP,MP,TP v. Switzerland*, ECtHR, Appl.nos.71/1996/690/882, 29 August 1997

⁴⁹⁶ N. Mole, C. Harby, *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2006, pg 16.

Уколико национално законодавство норму класификује као норму кривичног права, а радњу као кривично дело, ЕСЈП ће аутоматски да сматра да се ради о „кривичној оптужби“ и неће улазити у даље разматрање преосталих критеријума. Уколико норма није класификована као кривично дело у националном праву то неће аутоматски значити за ЕСЈП да се не ради о „кривичној оптужби“.

Критеријум природе инкриминисане радње односи се пре свега на разматрање да ли је норма упућена ограниченом броју људи или неограниченом броју људи. Уколико је норма упућена ограниченом броју људи – рецимо припадцима одређене професије за ЕСЈП то може бити индикативно у смислу да се ради о дисциплинској, а не кривичној ствари. Уколико се ради о норми која је упућена неограниченом/неодређеном броју људи, ЕСЈП сматра да се ради о норми са „генералним ефектом“ и вероватно је да ће је, уколико су испуњени други услови, сматрати кривичном нормом, а оптужбу која је на основу ње поднета „кривичном оптужбом“.

Критеријум сврхе казне служи за разликовање кривичних од административних казни, ЕСЈП утврђује да ли санкција предвиђена за одређену радњу има карактеристике кривичне санкције – да ли се односи на неограничен/неодређен број људи и да ли је санкција застрашујућег и казног карактера. Када није запређена казна лишења слободе, ЕСЈП ће утврђивати да ли санкција има карактер накнаде/компензације штете или је суштински казнена.

Критеријум природе и строгости казне се примењује уколико се на основу критеријума сврхе казне не може утврдити да ли се ради о „кривичној оптужби“. Депривација/лишење слободе је казна коју ЕСЈП уобичајно сматра кривичном казном. Међутим, ЕСЈП не сматра свако лишење слободе кривичном казном. Тако, лишење слободе у трајању од два дана ЕСЈП није сматрао кривичном казном. За ЕСЈП није од значаја да ли је казна затвора и изречена. Приликом одлучивања, ЕСЈП води рачуна о томе да ли је нормом прописана казна лишења слободе, али она нужно не мора да буде и изречена да би су сматрао да се ради о кривичној оптужби.

Појам „кривичне оптужбе“ - „*acusation en matiere penale*“ у пракси ЕСЉП, као и појам имовине има аутономно значење, што практично значи да је то значење аутономно у односу на национално законодавство, али „национално право може имати значајну улогу у дефинисању концепта кривичне оптужбе“⁴⁹⁷. У предмету *Deweere v Belgium*⁴⁹⁸ ЕСЉП је навео да појму оптужбе треба дати суштински, а не формални смисао и да треба истраживати реалност процедуре, а не само њену формалну манифестацију. У истом случају ЕСЉП оптужбу дефинише као „званичну обавест дату појединцу од овлашћеног органа власти којом се тврди да је осумњичен да је извршио кривично дело“ или „ситуацију у којој је осумњичени суштински погођен због исте сумње“.

ЕСЉП је такође засновао становиште да се „оптужба“ конституише у следећим ситуацијама: када је лице први пут саслушано у својству осумњиченог, када је ухапшено/лишено слободе због сумње да је извршило кривично дело, када је званично обавештено да се налази под кривичним прогоном, када лицу буде постављен бранилац након отварања случаја по полицијском извештају пред јавним тужиоцем. Дефиниција појма „оптужбе“ за Суд је од значаја јер од тренутка подизања оптужнице почиње да тече време „разумног рока“.

Ради избегавања сваке недоумице у погледу појма кривичног поступка и кривичне оптужбе, ЕСЉП је заузео становиште који поступци се неће сматрати кривичним. То су следећи поступци: поступци који се односе на питања законитости притвора у којима је члан 5. *lex specialis* или извршење санкције⁴⁹⁹; одлуке о депортацији странаца или искључења странаца, чак и уколико су изречене у оквиру кривичног поступка сматраће се као посебне превентивне мере у циљу имиграционе контроле⁵⁰⁰; одлуке судова по захтевима за екстрадицију чак и када постоји процена о томе да постоји случај у коме оптужени мора да

⁴⁹⁷ С. Царић, *Право на суђење у разумном року*, Службени гласник, Београд, 2008., стр. 78.

⁴⁹⁸ *Deweere v Belgium*, ECtHR, Appl.no.6903/75, 27 February 1980, paras 42, 44, 46.

⁴⁹⁹ *Aydin v. Turkey*, ECtHR, Appl.no. 41954/98, 14 September 2000.

⁵⁰⁰ *Agee v. Uited Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 7729/76, 17 December 1976.

одговара⁵⁰¹; споредни поступци или поступци који су повезани са кривичним поступком, а који нису одлучујући за одређивање кривичне оптужбе, нпр. захтеви за додељивање правне помоћи⁵⁰²; захтеви за поновно отварање поступка, понављање суђења, поништавање пресуде или амнестију⁵⁰³; поступци у вези са ментално поремећеним лицима, када је установљено да подносилац представке није способан да иступа, те сходно томе, поступак који је за циљ имао утврђивање чињеница није могао резултирати пресудом⁵⁰⁴ и сл.

2.2.3. Аутономни појам *трибунала*

Да ли постоји разлика између појма трибунала и суда? Језичким тумачењем можемо да дођемо до закључка да појам трибунала има шире значење од појма суда. Међутим, не можемо са сигурношћу да закључимо да ли се у међународним документима суд и трибунал разликују појмовно или само термилошки. Наиме, МПГПП у члану 14. прописује право на једнакост свих пред судовима и трибуналима, чиме сугерише постојање појмовне разлике између судова и трибунала. Такође, Афричка повеља о људским правима, познатија као Банцул повеља, у члану 7. гарантује претпоставку невиности и наводи да ова претпоставка важи све док кривица не буде доказана пред надлежним судом или трибуналом. За разлику од ова два документа, Универзална декларација о људским правима не познаје термин суд, већ користи само термин трибунал у члану 8. и 10. Конвенција следи Универзалну декларацију о људским правима и користи само термин трибунал. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода⁵⁰⁵ термин трибунал преводи у термин суд. Можемо да закључимо да је, са становишта нашег законодавца, разлика између суда и трибунала чисто термилошке, а не појмовне природе.

⁵⁰¹ *Penafiel Salgado v. Spain*, ECtHR, Appl.no. 65964/01, 16 April 2002.

⁵⁰² *Gutfreund v. France*, ECtHR, Appl.no.45681/99, 12 July 2003.

⁵⁰³ *Fisher v. Austria*, ECtHR, Appl.no. 27569/02, 06 May 2003.

⁵⁰⁴ *Antoine v. United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 62960/00, 13 May 2003.

⁵⁰⁵ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр.9/2003, 5/2005

Сумарни приказ међународних докумената не даје одговор на питање да ли постоји и која је суштинска разлика између појмова суд и трибунал. ЕСЉП је у циљу спречавања сваке недоумице у погледу садржине појма трибунала, приступио дефинисању аутономног појма трибунала.

Сходно члану 6. Конвенције трибунал мора да буде независан, непристрасан и образован на основу закона. Поред три наведена нормативна обележја, ЕСЉП полази од тезе да су судови, као национални орган јавне власти, у обавези да обезбеде сагласност одлука са правима из Конвенције.⁵⁰⁶

Иако се прегледом праксе ЕСЉП може се уочити постојање извесних разлика у разумевању аутономног појма трибунала у грађанским и кривичним стварима,⁵⁰⁷ можемо закључити да те разлике нису велике и да ЕСЉП заузима јединствен концепт аутономног појма трибунала.

Аутономни појам трибунала подразумева да је могуће да дисциплинско или административно тело буде сматрано кривичним трибуналом, уколико испуњава три основна услова и уколико случај о ком одлучује потпада под аутономни појам кривичне оптужбе. Ово је могуће чак и у ситуацији да тело које одлучује не носи назив трибунала или суда. Уколико административни или дисциплински орган не испуњава наведене услове, он и даље може (без својства трибунала) да поступа у предметима кривичне оптужбе, што се најчешће дешава у случајевима минорног значаја, али само под условом да одлука може да буде предмет накнадне ревизије тела са свим обележјима аутономног појма трибунала.

Критеријум да трибунал мора да буде образован на основу закона, суштински означава захтев за владавином права у националним правним системима. Било који орган, који није основан на основу воље законодавца и у складу са законом, ни под којим условима не може да испуни критеријуме трибунала. Такође, национални судови, сходно овом правилу, не могу да

⁵⁰⁶ В. Emmerson et al., *op.cit.*, pg 182

⁵⁰⁷ О разликама видети више упоређивањем Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, (civil limb) Updated to 30 April 2019, 32-52, са Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, (civil limb) Updated to 30 April 2019, 17-22.

проширују своју надлежност изван оне која је законом дефинисана,⁵⁰⁸ нити могу да мењају законом прописан састав суда.⁵⁰⁹

Захтев да трибунал мора бити образован на основу закона је у директној вези са друга два критеријума – захтевом за независношћу и непристрасношћу. Сва три наведена захтева заправо служе оснажењу поверења грађана у правосуђе, јер „судови у демократском друштву морају инспирисати поверење јавности“⁵¹⁰, а посебно јачању уверења да „судови у демократском друштву не зависе од воље извршне власти, већ су регулисани законима“⁵¹¹

Критеријуми независности и непристрасности су нешто сложенији и о њима ће бити више речи касније у контексту претпоставке невиности.

Државна заједница Србије и Црне горе је приликом депоновања ратификационог инструмента у складу са чланом 57. Конвенције ставила резерве у односу на чланове 5. и 6. Конвенције у делу примене на тада важећи Закон о прекршајима Републике Србије⁵¹², а све имајући у виду чињеницу да тадашњи прекршајни органи, по начину избора судија, организацији и надлежностима, нису могли бити подведени под аутономни појам трибунала.

2.2.4. Људска права у кривичним поступцима – права и слободе заштићене Конвенцијом

Људска права у кривичним поступцима уобичајно се вежу за процесна права која ЕКЉП прописује у члану 6. – право на правично суђење. Међутим, поред процесних права, ЕКЉП прописује и низ других права која се, посредно или непосредно, тичу права у кривичним поступцима.

⁵⁰⁸ *Jorgic v. Germany*, ECtHR, Appl.no.74613/01, 12 July 2007, para 64

⁵⁰⁹ *Posokhov v. Russia*, ECtHR, Appl.no.63486/00, 4 March 2003, para 39

⁵¹⁰ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, Appl.no.26374/18, 12 March 2019, para 99

⁵¹¹ *Coëme and Others v. Belgium*, ECtHR, Appl.nos.32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22 June 2000., para 98

⁵¹² Закон о прекршајима Републике Србије «Службени гласник СР Србије», бр. 21/90, 11/92, 6/93, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97, 36/98, 44/98, 65/2001»

Прегледом Конвенције можемо сумарно да закључимо да постоји велики број права и слобода која се посредно или непосредно, у целини или делимично, односе на кривични поступак. То су: право на живот из члана 2.; забрана мучења, злостављања, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3; забрана ropства и принудног рада у пеналним условима из члана 4.; право на слободу и сигурност из члана 5.; право на правично суђење из члана 6.; кажњавање само на основу закона из члана 7.; забрана смртне казне из члана 1. Додатног протокола 6.; право на жалбу у кривичном поступку, право на накнаду и *ne bis in idem* из Додатног протокола 7. члан 2., 3. и 4.

Иако највећи број наведених права може да делује самостално изван кривичног поступка, за питање заштите људских права у кривичном поступку, од значаја је сагледавање њиховог међусобног односа. Ово из разлога што сагледавање права учесника у кривичним поступцима, нарочито права окривљених, захтева холистички приступ, како у међусобним односима свих права која се тичу кривичних поступака, тако и осталих права из ЕКЉП и правила о тумачењу.

У даљем тексту фокус нашег интересовања биће превасходно претпоставка невиности као људско и процесно право, с тим што сагледавање предмета нашег интересовања има тенденцију холистичког приступа који обухвата међусобни однос свих права из права на правично суђење, однос претпоставке невиности и других људских права у кривичном поступку и коначно, сложену структуру саме претпоставке невиности.

2.3. ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА

2.3.1. Појам права на правично суђење у кривичним поступцима

Како је већ речено, највећи број представки упућених ЕСЉП односи се на повреду члана 6. ЕКЉП, тј. повреду права на правично суђење. Стога, можемо да закључимо да је, са становишта интереса лица која се налазе под ингеренцијом

земаља чланица ЕКЈП, право на правично суђење несумњиво предмет најчешћег угрожавања.

Право на правично суђење има посебан значај у демократским друштвима, али његови корени су старији од либерално демократског идеолошког концепта. Појам правичног или фер суђења *fair trial* има корене у *common law* систему. Овај појам суштински означава разлог због ког се странке обраћају суду, а то је захтев за правичношћу суда из кога произилази поверење у суд. Предуслов за остварење овог захтева је једнакост странака у поступку, као и кривичнопроцесно начело једнакости оружја. Једнакост странака пред судом, односно изједначење странака пред судом, представља основни предуслов за правичност поступка. Захтев за правичношћу познат је и у другим правним системима. У немачкој теорији познат је под називом *in billiger Weise*, у француској *equitablement*, а у холандској *eerlijk*.⁵¹³

Иако је правично суђење традиционални концепт европских правних система, ипак, у савременом демократском друштву он добија посебну тежину. Савремено европско поимање правде и владавине права, фер поступак види као лојалност демократији и владавини права.⁵¹⁴ Због ове карактеристике постоји појачана осетљивост јавности на питање гарантовања процесних права лица у поступку. Формално правно гледано, право на правично суђење представља низ процесних гаранција странака у поступку и пружа посебну заштиту окривљеном. Међутим, право на правично суђење је више од простих процесних индивидуалних права, оно представља и основну гаранцију владавине права⁵¹⁵.

Сложеност појма правичног суђења компликује чињеница да правично суђење, само по себи, без претходног дефинисања њених елемената, представља магловит појам или концепт „отворен за даље попуњавање“.⁵¹⁶

⁵¹³ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 82.

⁵¹⁴ S. Summers, *Fair Trials*, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pg 97.

⁵¹⁵ *Golder v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.4451/70, 21 February 1975, paras 33-34

⁵¹⁶ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, *op.cit.*, pg 202.

Правно на правично суђење се примењује у свим судским поступцима – грађанским, кривичним, управним, дисциплинским и слично. Сходно члану 6. Конвенције, право на правично суђење у кривичним поступцима обухвата следећа права:

Члан 6. став 1.: право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона; јавно изрицање пресуде; искључење јавности у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака;

Члан 6. став 2. право оптуженог да се сматра невиним док се не докаже његова кривица на основу закона

Члан 6. став 3. следећа права оптуженог: а) да без одлагања, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима оптужбе против њега; б) да има довољно времена и могућности за припремање одбране; ц) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, бесплатно добије браниоца по службеној дужности када интереси правде то захтевају; д) да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега; е) да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме или не говори језик који се употребљава на суду.

Ипак, постоји низ процедуралних корака у вези са кривичним поступком и поступцима који се граниче са кривичним поступком, али на која се члан 6. не примењује и формално правно се не сматрају сегментима права на правично суђење. То су на пример права из Протокола 7. и то: право на жалбу у кривичним стварима које је прописано чланом 2., накнада за погрешну пресуду из члана 3., као и *ne bis in idem* из члана 4. Неспорно је да су наведена права настала скоро 30 година касније, пре свега из разлога што ЕСЉП ова права није изводио директно из права на правично суђење, а земље чланице су њихову заштиту сматрале неопходном. Ипак, неспорно је да су наведена права у директној вези са правом

на правично суђење, односно да је њихова примена неодвојива од примене права на правично суђење.

Примена права на правично суђење у кривичним поступцима, на начин како је ово право дефинисано у ЕКЈП, у доброј мери представља посебан изазов за ЕСЈП. Наиме, чињеница постојања значајних разлика између великих позитивноправних кривичнопроцесних система – континентално европског и англосаксонског (адверзијалног) система може да утиче на разумевање кривичнопроцесних начела и правних института националних правних система. Оба кривичнопроцесна система су заступљена у националним законодавствима држава потписница ЕКЈП. Стога, ЕСЈП је у процесу креирања појма правичног суђења и свих елементима овог права, нужно морао да развије сопствене теоријске моделе фер поступка и процедуралне неутралности, који могу да буду примењиви, како у инквизиторном, тако у акузаторном теоријском моделу кривичнопроцесних система⁵¹⁷. Са друге стране, ЕСЈП нужно мора да развије двоструки осећај за различите кривичнопроцесне правне системе како би препознао њихове специфичности.⁵¹⁸

Без обзира на чињеницу да су представке поводом повреде права на правично суђење међу најбројнијим пред ЕСЈП, важно је напоменути да ЕСЈП нема надлежност суда четвртог степена и не може да мења судске одлуке националних судова. Дакле, чак и у случају да ЕСЈП утврди повреду права на правично суђење, овај суд нема овлашћење да уместо националног суда донесе правилну одлуку. Међутим, без обзира на ову чињеницу, која подносиоцима представки често делује разочаравајуће, значај праксе ЕСЈП на пољу права на правично суђење на национална законодавства и правосуђе је немерљив. Управо због значајног утицаја на национална законодавства и судску праксу, можемо закључити да ЕСЈП, у доброј мери, доприноси зближавању европских кривичнопроцесних система.

⁵¹⁷ S. Summers, *op.cit.*, pg 98

⁵¹⁸ S. Summers, *op.cit.*, pg 109

2.3.2. Ограничење права на правично суђење у кривичним поступцима

У односу на питање могућности ограничења људских права која се односе на кривичне поступке, неспорно је да апсолутну заштиту уважавају право на живот; забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања; забрана ретроактивног кривичног законодавства; забрана смртне казне и гаранција *ne bis in idem*.⁵¹⁹

Што се тиче права на правично суђење из члана 6 ЕКЉП, занимљиво је да се у теорији ово право неретко назива апсолутним⁵²⁰, иако оно, по слову ЕКЉП не представља апсолутно заштићено право. У чувеном случају *Greek case*⁵²¹ старом преко 50 година Комисија је закључила да успостављање ванредних судова у случају ванредног стања не може бити оправдано и да представља кршење права на правично суђење, јер такви судови немају гаранције независности. Овакав став је у потврђен каснијим УН-овим Принципима из Сиракузе према којима „порицање одређених права битних за људско достојанство никада не може бити строго неопходно у било којој ванредној ситуацији... поштовање ових основних права је неопходно како би се осигурало уживање права која се не могу дерогирати.“⁵²²

У случају *Van Mechelen v Netherlands*⁵²³ ЕСЉП је покушао да успостави правила ограничења права на правично суђење. Указујући на значај права на правично суђење у демократском друштву, ЕСЉП сматра да је ограничење права у поступку могуће само уколико се примењује правило мање рестриктивног

⁵¹⁹ Листа апсолутно заштићених права из ЕКЉП произилази из члана 15., члана 3 Протокола 6 и члана 4 Протокола 7 ЕКЉП

⁵²⁰ C. Gearty, *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford University Press, New York, 2004, pg 9-10, као и K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Hart Publishing, 2012, pg 181.

⁵²¹ The Greek Case EComHR: *Denmark v. Greece*, Appl.no.3321/67; *Norway v. Greece*, Appl.no.3322/67; *Sweden v Greece*, Appl.no.3323/67; *Netherlands v. Greece* Appl.no. 3344/67; *Report of the Sub-Commission*, 3 May 1967, paras 231-234

⁵²² Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984), para 70, 1984

⁵²³ *Van Mechelen v Netherlands*, ECtHR, Appl. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23 April 1997, paras 59-61

ограничења, односно у избору начина ограничења, уговорница је дужна да примени оно ограничење које је најмање рестриктивно.

Ипак, да постоји неконзистентност по питању ограничења права на правично суђење сведочи и не тако давна одлука Великог већа у случају *Ibrahim v The United Kingdom*⁵²⁴ из које произилази закључак да ограничавање осумњиченом приступа адвокату током саслушања у полицији, на основу разлога националне безбедности у борби против тероризма, а потом коришћење тог записника као доказа у поступку, не представља кршење права на правично суђење, јер окривљени није био онемогућен да тај доказ накнадно побија. На одлуку Великог већа биле су упућене критике које су ишле у правцу закључка да ограничење права никада не може ићи тако далеко да се њиме угаси свеобухватно право на правичност у суђењу.⁵²⁵

У ранијем случају *Heaney and McGuinness v Ireland*⁵²⁶, ЕСЈП је резоновао другачије. У овом случају ирска влада је сматрала да је одговор државе на терористичку претњу био пропорционалан и у циљу заштите јавне сигурности. Ипак, ЕСЈП је закључио да је дошло до повреде члана 6. и то привилегије против самооптужења, јер разлог националне безбедности, по мишљењу суда, не може да оправда одступање од права окривљеног да се брани ћутањем и привилегије против самоинкриминације.

Неконзистентност у тумачењу и примени ограничења права на правично суђење нарочито је видљиво у случајевима када се ограничење оправдава јавним интересом у којим случајевима ЕСЈП примењује неструктуриране или недоследно структуриране методе.⁵²⁷ У теорији је критикован ЕСЈП због тога

⁵²⁴ *Ibrahim and others v The United Kingdom*, Appl.nos.50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13 September 2016., para 38

⁵²⁵ *Fair Trial Rights during States Conflicte and Emergency*, Expert Meeting Warsaw, Poland 27-28 October 2016 OSCE/ODIHR Meeting Report, 8, доступно на <https://www.osce.org/odihr/317766?download=true>

⁵²⁶ *Heaney and McGuinness v Ireland*, ECtHR, Appl. no. 34720/97, 21 December 2000, paras 51-59

⁵²⁷ О овом више: R. Goss, *op.cit.*, pg 176-204.

што је у бројним одлукама покушавао да ограничи члан 6 интересом заједнице⁵²⁸ што је довело до примене начела пропорционалности, односно балансирања заштићених права, које начело у случају члана 6. представља клизав терен.⁵²⁹ Начело пропорционалности је суштински везано за права садржана у члановима 8-11, мирно уживање имовине и слободу кретања. Са друге стране, ипак постоје аутори који сматрају да је примена начела пропорционалности у односу на члан 6. неспорна, односно, потпуно прихватљива.⁵³⁰ Такође, и ЕСЉП, додуше у предмету који се тичао права на имовину, заузео је сличан став наводећи да је трагање за правичним балансом инхерентно Конвенцији у целисти,⁵³¹ па тиме и имплицитно и праву на правично суђење.

Примена начела пропорционалности у односу на члан 6. резултат је изазова који се појавио пред ЕСЉП у случајевима измена кривичног процесног законодавства у борби против организованог криминала и тероризма, као и тежње за већом ефикасношћу кривичне правде. О недоследности примене начела пропорционалности говори чињеница да је ЕСЉП у неким случајевима изразио чврст став против могућности ограничења права на правично суђење под било којим изговором јавног интереса. Тако, у случају *Kostovski v Netherlands*⁵³² у ком се поставило питање могућности употребе анонимних доказа у случајевима организованог криминала ЕСЉП је сматрао да „управљање правдом има тако важно место у демократском друштву да ни на који начин не може бити жртвовано експедитивности“. Став о односу права на правично суђење и демократског друштва у наведеној пресуди преузет је из раније чувене пресуде *Delcourt v Belgium*⁵³³ у којој је на овај начин практично и дефинисан значај члана

⁵²⁸ A. Stumer, *op.cit.*, pg 110.

⁵²⁹ R. Goss, *op.cit.*, pg 177.

⁵³⁰ Према R. Goss, *op.cit.*, pg 178. заступници таквог става су P. van Dijk и Fried van Hoof

⁵³¹ *Sporrong and Lönnroth v Sweden*, Appl.no.7151/75; 7152/75, 23 September 1982, para 69

⁵³² *Kostovski v Netherlands*, Appl. 11454/85, 29 March 1990, para 44

⁵³³ *Delcourt v Belgium*, Appl.no.2689/65, 17 January 1970, para 25. О значају пресуде видети више у: N. Mole and C. Harby, *op.cit.*, pg 5.

6. У другом случају *Salabiaku v France*⁵³⁴, који се односи управо на претпоставку невиности, ЕСЉП заузима не тако ригидан став у погледу ограничења процесних права и изричито наводи да чињеничне или правне претпоставке у кривичном праву треба да буду постављене „унутар разумних ограничења која узимају у обзир улог који је у питању и права одбране.“

Шта су то разумна ограничења и где је граница „разумности“ у ограничењима ЕСЉП одлучује постављајући питање: да ли је мера ограничења неприхватљиво широка у примени или да ли одређене индивидуе излаже претераном или неразумном терету.⁵³⁵ Пример примене критеријума разумних ограничења у односу на право на правично суђење налазимо у предмету *Deweere v Belgium*⁵³⁶ у ком случају је подносилац представке, од стране Белгије био стављен пред могућност избора – да ли да прихвати скромну санкцију, као вид компромиса са тужилаштвом, или да се суочи са пуним обимом кривичног поступка који би могао да угрози вођење послова од којих приходује за живот. ЕСЉП је сматрао да у конкретном случају постоји флагрантна диспропорција између две алтернативе са којима је окривљени био суочен, због чега је утврдио повреду права на правично суђење.

Са становишта ограничења права на правично суђење у кривичним предметима значајан је и став ЕСЉП у погледу права осетљивих сведока. ЕСЉП је био у прилици да се о овом изјашњава и у предмету *Doorson v Netherlands*⁵³⁷ и закључио је да се члан 6 не односи експлицитно на жртве чији живот, безбедност и приватност могу бити угрожени, због чега је неопходно да њихови интереси буду узети у обзир. Стога ЕСЉП закључује да интереси одбране морају да буду балансирани са интересима жртава. Овакав став ЕСЉП се чини недовољно образложеним, посебно у делу да ли је балансирање и пропорционалност потребно применити у односу на сва права које жртве имају, укључујући и право

⁵³⁴ *Salabiaku v France*, Appl.no.10519/83, 7 October 1988., para 28

⁵³⁵ критеријум је успостављен у предмету *Sporrong and Lönnroth v Sweden*, ECtHR, Appl.no. 7151/75; 7152/75, 23 September 1982, para 73

⁵³⁶ *Deweere v Belgium*, ECtHR, Appl.no.6903/75, 27 February 1980, para 51

⁵³⁷ *Doorson v The Netherlands*, ECtHR, Appl.no.20524/92, 26 March 1996, para 70

на приватност и право на слободу изражавања, или само нека од права, као што је право на живот, безбедност и сигурност, што нас враћа на питање хијерархије права. Став ЕСЉП у погледу примене начела пропорционалности у односу на право на правично суђење је критикован као „слабо образложен“⁵³⁸ и стога подложен различитим и недоследним тумачењима.

Са друге стране, члан 6. има једно инхерентно ограничење, односно ограничење *per definitionem*⁵³⁹ у ставу 1. и то у делу којим прописује јавност суђења и изрицања пресуде. Наиме, ограничење је могуће у смислу „искључења штампе и јавности са целог или дела суђења и то само 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, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да наштети интересима правде“.

2.3.3. Одривање од права на правично суђење у кривичним поступцима

У вези са ограничењем права може се поставити и питање могућности одрицања права на правично суђење. У случају *Albert and LeCompte v Belgium*⁵⁴⁰ који се тичао јавности суђења ЕСЉП је констатовао да природа неких права онемогућава титулара да их се одрекне, као што је рецимо право на јавност суђења, али то не може бити речено за нека друга права гарантована ЕКЉП. Стога, ЕСЉП, у начелу дозвољава могућност одрицања од права гарантованих ЕКЉП, али констатује да у односу на одређена права одрицање није могуће. У предмету *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*,⁵⁴¹ који се односио на добровољно предавање лица полицији у циљу њиховог притварања због стања беде у коме се

⁵³⁸ R. Goss, *op.cit.*, pg 183.

⁵³⁹ О инхерентним, односно уграђеним ограничењима или ограничењима *per definitionem* видети више у: М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *op.cit.*, стр. 67-69.

⁵⁴⁰ *Albert and LeCompte v Belgium*, ECtHR, Appl.no.7299/75; 7496/76, 10 February 1983, para 35

⁵⁴¹ *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v Belgium*, ECtHR, Appl.no.2832/66; 2835/66; 2899/66, 18 June 1971, para 65

налазе, ЕСЈП је констатовао да одрицање од права на слободу није могуће јер је исувише значајно у демократском друштву.

Иако је одговор на питање могућности одрицања права на живот и слободу недвосмислен, ипак, када су у питању процесна права у кривичном поступку из члана 6, не може се са сигурношћу дати јединствен одговор у односу на сва права. Тако, у пракси држава чланица интензивно је развијена пракса закључења споразума о признању кривице/кривичног дела. Споразум подразумева управо одрицање окривљеног од права на јавну расправу и права да испитује сведоке против себе и да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист, под истим условима који важе за оне који сведоче против њега. Дакле, неспорно је да је одрицање од наведених права из члана 6. дозвољено, што је потврђено и од стране ЕСЈП у случају *Deweer v. Belgium*⁵⁴². Са друге стране, у односу на право на независтан и непристрасан суд, ЕСЈП је недвосмислено закључио да је ово „право толико значајно да његово спровођење не може бити дато на располагање странкама“.⁵⁴³

Иако у истраживању нису пронађени предмети који би се односили на евентуално одрицање од претпоставке невиности, сматрамо да би одлука ЕСЈП била недвосмислена, односно да би ЕСЈП био мишљења да је одрицање од овог права недопуштено. Свакако, постоји елемент претпоставке невиности који би могао да се граничи са овим питањем, а то је привилегија против самоинкриминације, о којој ће касније бити речи.

2.3.4. Интерпретативне технике права на правично суђење

2.3.4.1. ЕКЈП и Бечка конвенција о уговорном праву

Неспорно је да ЕКЈП представља међународни уговор и да се у погледу њеног тумачења у целости прихватају принципи Бечке конвенције о уговорном праву и правила о тумачењу уговора из чланова 31-34. У погледу тумачења ЕСЈП

⁵⁴² *Deweer v. Belgium*, ECtHR, Appl.no.6903/75, 27 February 1980, para 48

⁵⁴³ *Pfeifer and Plankl v. Austria*, ECtHR, Appl.no.10802/84, 25 February 1992, paras 38-39

заузима нешто специфичнији, тј. ужи приступ, посматрајући ЕКЉП, са становишта објекта и сврхе, законотворним уговором ⁵⁴⁴, односно „конституционалним инструментом европског јавног реда на пољу људских права“⁵⁴⁵. У том смислу, уколико гледамо из угла члана 31. Бечке конвенције, можемо да закључимо да ЕСЉП ређе образлаже уобичајени смисао израза у уговору, а чешће образлаже контекст, у смислу предмета и циља ЕКЉП.⁵⁴⁶ Такође, са становишта Бечке конвенције може бити спорна и пракса ЕСЉП стварања аутономних појмова, јер сходно члан 31. став 4. израз из уговора може да се узме у посебном смислу само ако се утврди да је таква била намера страна уговорница. Скоро је незамисливо да ЕСЉП приликом креирања аутономних појмова претходно утврђује намеру свих уговорница у погледу предмета, садржине и циља одређеног правног института. Са друге стране, уколико ЕСЉП не би имао могућност самосталног креирања аутономних појмова, односно уколико би за свако дефинисање неког правног института било претходно потребно утврђивати намеру свих страна уговорница, вероватно је да би рад ЕСЉП био скоро немогућ, јер је ЕКЉП, због конституционалне природе, „немогуће тумачити само као реципрочни споразум између уговорних страна“⁵⁴⁷. Такође, позивање на мета правне принципе идеале и вредности демократског друштва,⁵⁴⁸ „плурализам, толеранцију и широкоумље“⁵⁴⁹ учестало је у пракси ЕСЉП нарочито приликом заузимања еволутивног приступа у тумачењу у складу са потребама друштвених промена.⁵⁵⁰

У погледу припремних радова као допунског средства тумачења, у смислу члана 32. Бечке конвенције о уговорном праву, Комисија је констатовала у одлуци

⁵⁴⁴ Овакав став је заузет у пресуди *Golder v The United Kingdom*, Appl.no.4451/70, 21 February 1975, para 36

⁵⁴⁵ *Chrysostomos, Papachrysostomou and Loizidou v Turkey*, EComHR, Appl.nos.15299/89, 15300/89, 4 March 1991, para 22

⁵⁴⁶ R. Goss, *op.cit.*, pg 17.

⁵⁴⁷ B. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 80.

⁵⁴⁸ *Kjeldsen and others v Denmark*, ECtHR, Appl. no. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 7 December 1976, para 53

⁵⁴⁹ *Handyside v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.5493/72, 7 December 1976, para 49

⁵⁵⁰ *Hornsby v Greece*, ECtHR, Appl.no.18357/91, 19 March 1997, para 12

Nielsen v Denmark да нити ЕКЉП, нити *travaux preparatoires* не пружају никакве смернице за интерпретацију члана 6.⁵⁵¹ Исти став у погледу *travaux preparatoires* је заузет у издвојеном мишљењу у пресуди *König v Germany*.⁵⁵² У теорији је такође заузет став да *travaux preparatoires* не могу да пруже довољно материјала за потребе тумачења члана 6, што због комплексности члана 6, што због чињенице да за еволутивни приступ у тумачењу *travaux preparatoires* не може бити од велике користи.⁵⁵³ У односу на питање тумачења члана 6., у делу који се односи на ограничења права на правично суђење и примену начела пропорционалности, *travaux preparatoires* такође не могу бити од велике користи а имајући у виду чињеницу да је у време настанка основна идеја ЕКЉП била да рестриктивне одредбе буду такве да се „њима ограничава власт извршне власти, пре него права сама по себи.“⁵⁵⁴ У времену у коме су захтеви за јачањем улоге државе у борби против криминала повећани, првенствено због тероризма, али и због организованог криминала, став изражен у *travaux preparatoires* у односу на рестриктивне одредбе делује помало анахрон и на жалост неподобан за аргументацију у савременом безбедносном дискурсу. О ризицима повреде људских права и претпоставке невиности у савременом безбедносном дискурсу биће више речи у трећем делу рада.

2.3.4.2. *Интерпретативне технике члана 6 ЕКЉП у кривичним поступцима*

ЕСЉП најчешће одлучује о повреди права на правично суђење из члана 6 ЕКЉП. Скоро једна трећина одлука односи се управо на повреду овог права.⁵⁵⁵ Такође, ЕСЉП је у погледу примене овог члана развио импресивну судску

⁵⁵¹ *Nielsen v Denmark*, ECtHR, Appl.no.343/57, 1961, para 534

⁵⁵² *König v Germany*, ECtHR, Appl.no.6232/73, 10 March 1980; separate opinion of judge Matscher

⁵⁵³ R. Goss, *op.cit.*, pg 18, 123 и В. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 99. ЕСЉП је немогућност коришћења *travaux preparatoires* изричито поменуо у пресуди *Lawless v Ireland*, ECtHR, Appl. no 332/57, 1 July 1961, paras 11-14

⁵⁵⁴ A.W. Brian Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, Oxford University Press, 2001, pg 658-659.

⁵⁵⁵ У 2017. години 28,05% одлука се тичало одлучивања о повреди члана 6. ЕКЉП. О томе видети више у: *European Court of Human Rights, The European Court of Human Rights in Fact and Figures: 2017*, Council of Europe, European Court of Human Rights, March 2018, 7, доступно на: https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2017_ENG.pdf

праксу.⁵⁵⁶ Упркос богатству судске праксе, право на правично суђење и облици његове повреде и даље изазивају бројне контроверзе. У односу на одлучивање ЕСЈП о повреди права на правично суђење у теорији су изражене су бројне критике, како због тога што ЕСЈП читав низ механизма и алатки користи на недоследан начин, као и због тога што механизме и алатке некохерентно распоређује, без, или уз недовољна објашњења зашто одређене механизме и алатке користи у једној ситуацији, а у другој не.⁵⁵⁷

Право на правично суђење, иако у суштини представља право индивидуе у погледу његовог третирања пред судом, има и шири значај који превазилази права појединца, а то је да представља суштинску гаранцију концепта владавине права, као и „право на правну сигурност у ширем смислу тог појма“⁵⁵⁸. Утолико, поштовање права на правично суђење представља лакмус папир демократског друштва. Са друге стране, захтев за кривичном правдом подразумева постојање баланса између сузбијања криминала са једне стране и обезбеђење поштовања процесних гаранција са друге стране.⁵⁵⁹

Намеће се питање - на који начин се тумачи члан 6. у циљу постизања тог баланса. Права треба тумачити широко, а ограничења рестриктивно. Члан 18. ЕКЈП прописује границе коришћења ограничења права наводећи да се ограничења за права и слободе из Конвенције неће примењивати у било које сврхе, осим оних за које су предвиђена. ЕСЈП је у више наврата поновио закључак да се процесна права из члана 6. не смеју рестриктивно тумачити, јер „право на правично суђење заузима тако важно место у демократском друштву да не постоји оправдање за рестриктивно тумачење члана 6. ЕКЈП.“⁵⁶⁰ Ипак, у

⁵⁵⁶ P. Lemmens, “The Right to a Fair Trial and its Multiple Manifestations,,” in E. Brems and J. Gerards (eds), *Shaping Rights in ECHR*, Cambridge University Press, 2013, 307

⁵⁵⁷ R. Goss, *op.cit.*, pg 115.

⁵⁵⁸ В. Беширевић et al., *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Службени гласник 2017, стр. 122.

⁵⁵⁹ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 84. Наведену тезу аутор оразлаже позивајући се на Packer H , *The Limits of the Criminal Santion*, Stanford University Press, 1968.

⁵⁶⁰ *Moreira de Azevedo v. Portugal*, ECtHR, Appl.no.11296/84, 28 August 1991, para 66

пракси ЕСЉП, додуше у издвојеном мишљењу, изнет је и супротан став – управо да члан 6. треба тумачити рестриктивно.⁵⁶¹

Интерпретација члана 6. од самог почетка представља веома тежак задатак за Комисију и ЕСЉП.⁵⁶² У погледу члана 6., ЕСЉП је заузео став да интерпретација треба да буде једна сложена операција у којој није прикладно хијерархијски усклађивати интерпретативне технике.⁵⁶³ Управо недостатак хијерархијске усклађености техника у тумачењу права на правично суђење носи опасност од недоследности у тумачењу или бар утиска недоследности, јер ЕСЉП није у обавези да објашњава из ког разлога је користио неку интерпретативну технику и којим редоследом.

Еволутивна интерпретација ЕСЉП подразумева да је „Конвенција живи инструмент који треба тумачити у светлу услова данашњег дана“⁵⁶⁴ Ова интерпретативна техника има своја ограничења јер на основу ње ЕСЉП не може да креира нова права, која нису саставни део ЕКЉП. Дакле, еволутивни приступ је у оквиру постојећих права. У односу на примену члана 6. ЕСЉП примена еволутивне интерпретације је ограниченог карактера и она заузима нешто ужи правац такозване „разумне еволуције“.⁵⁶⁵ Разумна еволуција подразумева да ЕСЉП интерпретира ЕКЉП у складу са еволуцијом само оних друштвених промена које се појављују на пољу повећаних захтева за управљањем правдом и повећаног сензитивитета јавности у односу на утисак правичности.

⁵⁶¹ *Sutter v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.8209/78, 22 February 1984, Concurring opinion of judge Bernhardt, joined by judge Bindschedler-Robert and judge Matscher

⁵⁶² S. Stavros, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1993, pg 327.

⁵⁶³ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights*, 4th edition edn, Oxford University Press, 2006, pg 40.

⁵⁶⁴ *Tyrer v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.5856/72, 25 April 1978, para 31

⁵⁶⁵ *Borgeres v Belgium*, ECtHR, Appl.no.12005/86, 30 October 1991, para 24

Позитивне обавезе успостављају дужност државних органа да предузму активне кораке како би заштитили права ЕКЉП.⁵⁶⁶ По мишљењу неких аутора позитивне обавезе представљају једну од интерпретативних техника.⁵⁶⁷ Теоријски гледано, позитивне обавезе представљају облик трансформације међународног права људских права од примата грађанских и политичких права са негативним обавезама државе ка социоекономским правима која захтевају позитивну обавезу државе.⁵⁶⁸

Наиме, циљ ЕКЉП јесте заштита индивидуалних људских права, што првенствено подразумева негативне обавезе државе и званичника, односно њихове обавезе да се уздрже од понашања којим би могли да крше људска права. Међутим, развој људских права и еволутивни приступ у тумачењу људских права довели су до повећаних захтева за креирањем обавеза држава, не само да се саме суздрже од кршења права, већ и да створе разумне услове да до таквог кршења не долази. Односно, обавезе држава да примењују мере у циљу обезбеђења таквих услова који ће омогућити пуно остваривање права и слобода из ЕКЉП.

Неке позитивне обавезе су предвиђене у самој ЕКЉП, као на пример обавеза државе из члана 6. став 1. да законом установи независан и непристрасан суд. Друге позитивне обавезе нису изричито предвиђене, али су настале у пракси ЕСЉП која је дефинисана у предмету *Siliadin v France*⁵⁶⁹ који се тичао забране ropства и принудног рада. На пољу кривичног права позитивне обавезе су највидљивије на пољу заштите жртава кривичног поступка.

Није згорага напоменути да под руку са позитивним обавезама државе иде и савремена примена тзв. хоризонталног дејства ЕКЉП у односу на традиционално прихваћено вертикално дејство. Према овом схватању, држава више не одговора само када сама крши права (вертикално кршење права), већ и за

⁵⁶⁶ Званична дефиниција Савета Европе доступна на <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/definitions>

⁵⁶⁷ B. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 104.

⁵⁶⁸ S. Fredman, „Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights“, *Legal Research paper series* No 38/2006, University of Oxford, 1-29, pg 1.

⁵⁶⁹ *Siliadin v France*, ECtHR, Appl. no. 73316/01, 26 July 2005

кршење права од појединца ка појединцу (хоризонтално кршење права)⁵⁷⁰ што је довело до повећања захтева у односу на кривично право, првенствено на пољу превентивног деловања. Ипак, хоризонтално дејство, које почива на концепту одговорности државе *due diligence*, ће постојати само уколико кршење права од стране појединца има корене у „пропусту или толерисању државе“.⁵⁷¹

У односу на претпоставку невиности, најбољи примери позитивне обавезе државе могу се пронаћи у стварању услова за јачање обавезе судија, тужилаца и јавних званичника да поштују претпоставку невиности у јавним изјавама, као и обавеза државе да регулише начин деловања и извештавања медија у делу који се односи на извештавање о кривичним поступцима.

2.3.4.3. *Практична и ефективна примена права и имплицитна права у кривичном поступку*

ЕСЈП одбија строги формалистички приступ и опредељује се за приступ који гарантује да „права нису теоријска и илузорна, већ практична и ефективна“⁵⁷² који приступ иде изнад просте манифестне примене права од стране уговорнице и „изучава индивидуалну ситуацију, пре него формалну класификацију“.⁵⁷³ Пример практичне и ефективне примене у односу на претпоставку невиности у пракси ЕСЈП је случај *Minelli v Switzerland*⁵⁷⁴ у ком случају је национални суд одбио да исплати трошкове поступка окривљеном, који је правноснажном пресудом ослобођен. ЕСЈП је нашао повреду претпоставке невиности, јер је сматрао да швајцарски суд таквим поступањем рефлектује кривицу окривљеног, иако окривљени није формално осуђен.

⁵⁷⁰ *Osman v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.nos.87/1997/871/1083, 28 October 1998

⁵⁷¹ J.F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2007, pg 14.

⁵⁷² *Airey v Ireland*, ECtHR, Appl.no.6289/73, 9 October 1979, para 24; *Marckx v Belgium*, ECtHR, Appl. no. 6833/74, 13 June 1979, para31; *Soering v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 14038/88, 7 July 1989, para 87

⁵⁷³ B. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 83.

⁵⁷⁴ *Minelli v Switzerland*, ECtHR, Appl. no. 8660/79, 25 March 1983., para 37

У директној вези са интерпретативном техником практичних и ефективних права, у пракси ЕСЈП појављује се и формулисање имплицитних права.⁵⁷⁵ Наиме, ради се о правима која нису формулисана у ЕКЈП, али за ЕСЈП то није значило да та права нису призната. Као најбољи пример ове праксе јавља се формулација потребе „непристрасне истраге“, на пример, у случајевима сумње на силовање у притвору, односно кршење забране мучења из члана 3. ЕКЈП.⁵⁷⁶ Неспорно је да текст ЕКЈП не познаје право на „непристрасну истрагу“, али ово право је ушло у праксу ЕСЈП, као имплицитно право, и више се не поставља питање његове садржине. Свакако, имплицитна права се не могу формирати аутономно у односу на друга права из ЕКЈП. ЕСЈП нема могућност признавања права која не постоје у ЕКЈП, јер би тиме кршила правила Бечке конвенције, али је у пракси развио механизам према коме препознаје различите облике права која су у ЕКЈП призната.

Из угла примене права на правично суђење интерпретативна техника имплицитних права је од нарочитог значаја. Применом ове технике у односу на члан 6. ЕСЈП је утврдио да право на правично суђење креира обавезу тужилаштва да одбрани достави све материјалне докази којима располаже, самим тим и право одбране на доступност материјалних доказа.⁵⁷⁷ Да је Комисија била обазрива у примени имплицитних права говори и чињеница да је годину дана пре прописивања *ne bis in idem* у Протоколу 14, одбила да ово право призна имплицитним правом у оквиру права на правично суђење.⁵⁷⁸

Са становишта претпоставке невиности имплицитна права су нарочито значајна. На основу ове интерпретативне технике ЕСЈП је креирао привилегију против самоинкриминације, које право није прописано ЕКЈП, иако јесте изричито прописано у МКГПП. Право окривљеног да ћути и да не доприноси сопственој инкриминацији дефинисано је као имплицитно право права на

⁵⁷⁵ В. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 100.

⁵⁷⁶ *Aydin v Turkey*, ECtHR, Appl.nos.57/1996/676/866, 25 September 1997, para 103

⁵⁷⁷ *Edwards v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 13071/87, 16 December 1992, para 36

⁵⁷⁸ *S v Germany*, EComHR, Req.no.8945/80, 13 December 1983

правично суђење и дефинисано је у одлукама *Funke v France*⁵⁷⁹ и *Saunders v The United Kingdom*⁵⁸⁰. Можемо да закључимо да се пракса ЕСЉП у погледу елемената претпоставке невиности - терета доказивања и стандарда доказивања развила такође интерпретативном техником имплицитних права, будући да наведена права нису дефинисана у ЕКЉП.

2.3.5. Комплексност структуре члана 6. – да ли постоји хијерархија између права из права на правично суђење?

Са становишта хијерархије правних норми, можемо да закључимо да ЕКЉП не познаје хијерархију људских права, али да ЕСЉП у пракси наводи да је право на живот највише људско право,⁵⁸¹ чиме се имплицитно наводи на закључак да су друга права нижег ранга. У односу на питање међусобне хијерархије других права, ЕСЉП се није изјашњавао.

Члан 6. је, после члана 5. право на слободу и сигурност, најдужи, али уједно и најсложенији члан ЕКЉП. Он пружа не једно, већ више различитих права и гаранција, тако да би могли слободно да закључимо да члан 6. гарантује, не право, већ права на правично суђење.⁵⁸² Став 1. односи се на сва суђења, односно све врсте судских поступака, док се ставови 2. и 3. односе искључиво на правично суђење у кривичним поступцима – претпоставка невиности и права окривљеног. Како став 1. прописује право на правично суђење као „кровно“ или „кишобран“⁵⁸³ право, могуће је закључити да остала права дефинисана у ставовима 2. и 3. представљају, ништа више до, просто образложење става 1 и појма „правично суђење“. Кровно право на правично суђење из става 1 обухвата: право на јавност; принцип једнакости оружја; право на адверзијални поступак; право на образложену одлуку; право на приступ суду и право на суђење у разумном року.

⁵⁷⁹ *Funke v France*, ECtHR, Appl.no.10828/84, 25 February 1993

⁵⁸⁰ *Saunders v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.19187/91, 17 December 1996

⁵⁸¹ *K.-H. W. v Germany*, ECtHR, Appl.no.37201/97, 22 March 2001, para 90

⁵⁸² Оригинални текст ЕКЉП није садржао наслов члана 6. „Право на правично суђење“. Члан 6. је наслов добио тек Протоколом 11 од 11. маја 1994. године.

⁵⁸³ R. Goss, *op.cit.*, pg 65.

Кровни или кишобран став у погледу става 1. члана 6. ЕСЈП изнео је у пресудама *Salduz*⁵⁸⁴ и *Al-Khawaja and Tahery*⁵⁸⁵ образлажући да су ставови 2. и 3. само елементи става 1. члана 6.

Од значаја је питање на који начин ЕСЈП тумачи појединачне ставове члана 6. Да ли став 1. тумачи као кровни став у односу на преостала два става или не? Наиме, ово је значајно из разлога што, уколико је став 1. кровни појам, тада би ЕСЈП првенствено требало да утврђује евентуалну повреду овог члана, па тек уколико утврди да такве повреде нема, онда би био у обавези да се бави евентуалним повредама преосталих ставова. У том смислу, могуће је да ЕСЈП, на пример, утврди повреду става 1. и да се потом уопште не упушта у евентуалну повреду претпоставке невиности, иако је на такву повреду подносилац представке указивао. Уједно, то не би значило да до повреде претпоставке није дошло, али ЕСЈП се тиме не би ни бавио.

Супротно наведеном примеру, могућа је и обрнута ситуација, да ЕСЈП утврди, на пример, повреду претпоставке невиности и да се због тога што је утврдио повреду специфичног права не упушта у даље утврђивање опште повреде права на правично суђење из става 1., сматрајући да је одлуком о претпоставци невиности заправо одлучио о правичном суђењу у целости. Стога, у зависности од тога да ли и како ЕСЈП тумачи евентуално постојање хијерархије између ставова, зависиће и начин на који ЕСЈП одлучује по питању евентуалног кршења права на правично суђење.

Да начин сагледавања структуре и питање хијерархије ставова у члану 6. није једноставно питање и да су постојале бројне недоследности у тумачењу и примени овог члана сведочи и теоријска анализа Гос Рајана према којој ЕСЈП у односу на ово питање заузима чак четири различита приступа.⁵⁸⁶ Према првом приступу ЕСЈП сматра да свака појединачна компонента и појединачно право

⁵⁸⁴ *Salduz v Turkey*, ECtHR, Appl.no.36391/02 2009, para 50

⁵⁸⁵ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Appl.nos.26766/05, 22228/06, para 145

⁵⁸⁶ *R. Goss, op.cit.*, pg 67.

постоји само за себе и да самостално конституише минимум права.⁵⁸⁷ Други приступ, пак полази од тога да ставови 2. и 3. представљају само детаљније образложење става 1., односно представљају смернице у погледу тога како тумачити став 1.⁵⁸⁸ Трећи приступ указује да су ставови 2. и 3. специфичнији и детаљнији и да ЕСЈП треба фокус да усмери управо на њих, пре него на опште право прописано у ставу 1.⁵⁸⁹ Коначно, четврти приступ заступа став према коме је став 2. или 3. потребно тумачити и примењивати заједно са ставом 1. као кровним ставом.⁵⁹⁰

Неконзистентност у разумевању хијерархије између права на правично суђење води ка непредвидивости одлука ЕСЈП и недовољно уједначеној примени и гарантовању права из ЕКЈП у пракси држава чланица, а сходно начелу супсидијаритета.⁵⁹¹

Ипак, чини се да је једна одлука Комисије која је настала на самом почетку рада органа ЕКЈП завређује нарочиту пажњу јер је њом успостављен покушај једнообразности у начину примене и тумачења члана 6. Ради се о одлуци *Nielsen v Denmark*.⁵⁹² У овој одлуци Комисија заузима јасан став у односу на начин примене члана 6. тако што полази од закључка да члан 6. не дефинише општи појам правичног суђења, али да ставови 2. и 3. представљају суштинске елементе општег појма правичног суђења. Такође, наводи и да права која су наведена изричито у ставовима 2. и 3. не представљају коначну листу свих права која произилази из права на правично суђење, односно да је могуће да постоје права

⁵⁸⁷ Овај став је изражен у пресуди *Luedicke, Belkacem and Koc v Germany*, ECtHR, Appl.nos.6210/73; 6877/75; 7132/75, 28 November 1978, para 42

⁵⁸⁸ Овај став је изражен у пресуди *IJL and others v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.nos.29522/95, 30056/96 and 30574/96, 19 September 2000, para 77

⁵⁸⁹ Овај став је изражен у пресуди *Pakelli v Germany*, ECtHR, Appl.no.8398/78, 25 April 1983, para 42

⁵⁹⁰ Најбољи пример за овакав став је управо пресуда која се односила на повреду претпоставке невиности *Barbera, Messegue and Jabardo v Spain*, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988, para 80

⁵⁹¹ О начелу супсидијаритета видети више у: М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *op.cit.*, стр. 30

⁵⁹² *Nielsen v Denmark*, EComHR, Appl.no.343/57, 6 July 1959

која представљају елементе права на правично суђење, а нису наведена у ставовима 2. и 3. Као и то да, уколико је нешто у складу са специфичним правима из ставова 2. и 3., то и даље не значи да је у складу са целокупним чланом 6., односно да је у складу са правом на правично суђење. Комисија је стала при наведеном ставу у предмету *Jaspers v Belgium*⁵⁹³ изричито наводећи да члан 6. став 1. не дефинише појам правичног суђења у кривичним предметима и да је због тога потребно тумачити ставове члана 6. – од општег ка посебном.

О сложености структуре и међусобних односа права из члана 6. Посебно говори пресуда *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*.⁵⁹⁴ У овом предмету је ЕСЉП анализирао однос између општег права на правично суђење и појединачних права, која су као минимума права, прописани ЕКЉП. Иако је Суд претходно закључио да су процесна права, гледано појединачно и поред извесних недостатака, била поштована, у коначном закључку је навео да поступак у целости није био правичан.⁵⁹⁵ Из ове пресуде јасно произилази став ЕСЉП да мноштво појединачних пропуста у спровођењу процесних права, иако самих по себи недовољних да конституишу повреду права, у збиру могу да дају повреду права на правично суђење.

2.3.6. Временска примена права на правично суђење

За правилну примену права на правично суђење неопходно је правилно утврђивање подручја примене права, односно утврђивање када право на правично суђење почиње да се примењује, а када његова примена престаје. Утврђивање почетка и окончања примене права на правично суђење значајно је из разлога што се на основу постављених граница може утврдити од ког тренутка се мери време, које радње се урачунавају у време трајања поступка, и коначно, да ли је право на суђење у разумном року повређено или не.

⁵⁹³ *Jaspers v Belgium*, EcomHR, 8403/78, 14 December 1981, para 54

⁵⁹⁴ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988

⁵⁹⁵ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988, para 67-89

Кривични процесни законици држава чланица на различите начине дефинишу почетак кривичног поступка, односно кривични поступак не започиње увек у истој фази и на исти начин. Како би се спречила злоупотреба, ЕСЉП је развио аутономне појмове који помажу у дефинисању суштинских, а не формалних радњи које предузима, не само суд, већ и полиција и тужилаштво, као што је појам „кривичне оптужбе“. Стога, ЕСЉП је у предмету *Magee v The United Kingdom*⁵⁹⁶ заузео став да, иако се члан 6. примењује на суђење од стране „трибунала“, то не значи да се право на правично суђење не примењује на поступке који се обављају пре суђења, нарочито уколико постоји вероватноћа да би претходни поступци, који нису у складу са правом на правично суђење, могли да нашkode правичности поступка.

Почетак примене права на правично суђење веже се за аутономни појам „кривичне оптужбе“, док се крај примене права на правично суђење веже за правноснажност судске одлуке, уз извесне изузетке. Појам кривичне оптужбе се уобичајно веже за акт којим се формално означава оптужба, а може се састојати и од званичног отварања кривичне истраге, без употребе појма оптужба,⁵⁹⁷ односно, сваке радње која „суштински утиче на осумњиченог у кривичном поступку.“⁵⁹⁸

ЕСЉП је развио богату праксу у погледу начина одређивања почетка кривичног поступка и примене права на правично суђење. У предмету *Eckle v Germany*⁵⁹⁹, ЕСЉП је био мишљења да се, као тренутак почетка поступка, има сматрати датум хапшења, а не датум када је истрага званично отворена. У истом параграфу дата је дефиниција кривичне оптужбе, као „званичне обавести дате појединцу од стране овлашћеног органа у којој се тврди постојање сумње да је то лице извршило кривично дело“. У другим предметима ЕСЉП је заузео став да се право на правично суђење у кривичним поступцима примењује: од првог

⁵⁹⁶ *Magee v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.28135/95, 6 June 2000, para 41

⁵⁹⁷ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 137

⁵⁹⁸ *Deweert v Belgium*, ECtHR, Appl.no.6903/75, 27 February 1980 para 46, као и *Neumeister v Austria*, ECtHR, Appl.1936/63, 27 June 1968, para 81

⁵⁹⁹ *Eckle v Germany*, ECtHR, Appl.no.8130/78, 15 July 1982, para 73

саслушања у полицији,⁶⁰⁰ односно од првог саслушања у својству осумњиченог⁶⁰¹, од издавања наредбе за хапшење⁶⁰² или од претреса стана.⁶⁰³

Ипак, ЕСЉП није остао имун на дилеме у погледу предузимања радњи, које се могу сматрати истрагом, од стране органа који нису полиција или тужилаштво. Тако, у случају *IJL, GMR and AKP v The United Kingdom*⁶⁰⁴ је заузео став да се саслушање код инспектора министарства трговине и индустрије не може сматрати почетком поступка, док је у предмету *Bertin-Mouroit v France*,⁶⁰⁵ који се тичао кривичног прогона због илегалне трговине уметничким сликама, као почетак поступка признао саслушање окривљеног од стране царине.

ЕСЉП је дао одговор и на питање до када се примењује право на правично суђење. У случају *Wemhoff v Germany*⁶⁰⁶ је заузео став да се члан 6. став 1. примењује најкраће до окончања кривичног поступка, независно од тога којом пресудом, и без обзира да ли је пресуда ожалбена. Са друге стране, у случају *IA v France*⁶⁰⁷ ЕСЉП је сматрао да се члан 6. примењује све док пресуда не постане правноснажна. У односу на нека од права из права на правично суђење, примена члана 6. не завршава се чак ни правноснажношћу пресуде, јер, у питање дужине трајања поступка улази и време од изрицања до израде писменог отправака пресуде или време од изрицања до извршења пресуде. Ипак, уобичајен је став да време, којим се мери разумни рок, престаје да тече истог тренутка када право на правично суђење престаје да се примењује и то је тренутак одлучивања на највишој инстанци када пресуда постаје правноснажна и када је извршена.

⁶⁰⁰ *Martins and Garcia Alves v Portugal*, ECtHR, Appl.no.37528/97, 16 Novembre 2000, para 20

⁶⁰¹ *Hozee v the Netherlands*, ECtHR, Appl.no.81/1997/865/1076, 22 May 1998, para 51

⁶⁰² *Wemhoff v Federal Republic of Germany*, Appl.no.2122/64, 27 June 1968, para 20

⁶⁰³ *Diamantides v Greece*, ECtHR, Appl.no.60821/00, 23 October 2003, para 21

⁶⁰⁴ *IJL, GMR and AKP v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.nos.29522/95, 30056/96 and 30574/96, 19 September 2000, para 131

⁶⁰⁵ *Bertin-Mouroit v France*, ECtHR, Appl.no.36343/97, 2 August 2000, para 53

⁶⁰⁶ *Wemhoff v Germany*, ECtHR, Appl.no.2122/64, 27 June 1968, para 18

⁶⁰⁷ *IA v France*, ECtHR, Appl.no.1/1998/904/1116, 23 September 1998, para 115

Полазећи од претпоставке да право на правично суђење није једно право, већ скуп права, можемо да закључимо да примена различитих права из опсега права на правично суђење започиње и окончава се у различитим тренуцима. На пример, примена права на јавно изрицање пресуде наступа тек у тренутку изрицања пресуде, односно тиче се једног одређеног тренутка и опсег његове примене је узак. Са друге стране, право на суђење у разумном року има најшири опсег примене - од аутономног појма кривичне оптужбе, па не само до правноснажности пресуде, већ и након тога, до извршења пресуде. Стога, можемо да закључимо да подручје примене права на правично суђење није једнозначно и да свако право има свој, ужи или шири опсег примене.

2.4. ЕЛЕМЕНТИ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ *RATIONE MATERIA*, *RATIONE TEMPORIS* И ПОВЕЗАНОСТ СА ДРУГИМ ПРАВИМА ИЗ КОНВЕНЦИЈЕ

ЕКЉП гарантује претпоставку невиности у ставу 2. члана 6. који прописује право на правично суђење на следећи начин:

- Свако ко је оптужен за кривично дело мора се сматрати невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона.

ЕКЉП је старији документ од МПГПП и Америчке конвенције, које такође прописују претпоставку невиности. За разлику од МПГПП који у члану 14. став 2. претпоставку невиности изричито прописује као право лица које је оптужено „Свако ко је оптужен за кривично дело има право да се сматра невиним све док се његова кривица не докаже на основу закона“, ЕКЉП у члану 6. став 2. претпоставку невиности не прописује као изричито право појединца, већ пре као обавезу других да оптуженог сматрају невиним

Можемо да закључимо да, сходно ЕСЉП претпоставка невиности није само право окривљеног, на које може да се позове, већ пре свега обавеза свих других да то право поштују, без обзира да ли се на њега окривљени позива. Суштински, између ова два документа нема разлика, јер је неспорно да, сходно МПГПП, сваки окривљени има да се сматра невиним, јер је то његово људско, а

не просто процесно субјективно право, те постоји обавеза поштовања овог права од стране других, без обзира да ли се на то право окривљени позива или не.⁶⁰⁸

2.4.1. Елементи претпоставке невиности

У теорији је опште прихваћено да је претпоставка невиности нераскидиво повезана са другим фундаменталним процесним правима, као што су: право окривљеног да се брани ћутањем, привилегија против самоинкриминације, терет доказивања, стандард доказивања, *in dubio pro reo*, обавештавање о садржини оптужнице у најкраћем року, обавезе органа у погледу поступања према окривљеном, однос медија према окривљеном и др⁶⁰⁹.

Нека од ових права изричито су прописана ЕКЉП, док друга права нису, али ЕСЉП их признаје тако што их изводи различитим облицима интерпретативних техника. Иако наведена процесна права постоје самостално и имају сопствени опсег деловања, независно од претпоставке невиности, ипак, њихова повезаност са претпоставком невиности је у тој мери снажна, да без остваривања тих права у пуном обиму није могуће остварење претпоставке невиности. Из тог разлога, наведена права, иако, по својој природи самостална права, за потребе овог рада сматрамо елементима претпоставке невиности.

Овакав методолошки приступ је заузет из разлога што претпоставка невиности, сама по себи, без наведених права, представља само празну шкољку, односно теоријско или илузорно право, а не практично и делотворно право. У даљем делу рада биће појединачно обрађен сваки елемент претпоставке невиности из угла праксе ЕСЉП.

⁶⁰⁸ Трешел сматра да су речи из МПГПП којима је прописано да окривљени „има право“ сувишне и констатује да је ЕКЉП сажетије прописала ово људско право. Видети више у: S. Trechsel, *op.cit.*, pg 153.

⁶⁰⁹ W. Schabas, *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pg 298.; A. Gray, *op.cit.* (2017), pg 17.; N. Mole and C. Harby, *op.cit.*, pg 56-57.; M. Ulväng, „Presumption of innocence Versus a Principle of Fairness, A Response to Duff“, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, (2013) 42 3, 205-224, 207.; A. Allué Buiza “An extensive but not very stringent presumption of innocence (Art.6.2.ECHR)” in J.G. Roca and P. Santolaya (eds), *op.cit.*, pg 251-256.

2.4.2. Обим примене претпоставке невиности – *ratione materiae*

Појам невиности представља негацију појма кривице. Претпоставка невиности, као људско право, нема претензију да представља негацију кривице у моралном, психолошком или религијском смислу (морална одговорност, осећај кривице или грижа савест, грех). Она представља негацију кривице одређеног лица у односу на одређену радњу, која, по позитивним законима, представља кривично дело. Дакле, неспорно је да се претпоставка невиности не односи на све оне друге облике кривице/одговорности који могу да се појаве у другим гранама права, а који не потпадају под аутономни појам „кривичне оптужбе“ како је дефинише ЕСЈП.

Ипак, да постоје случајеви у којима није једноставно раздвојити врсте кривице говори и пракса ЕСЈП у предмету *Adolf v Austria*.⁶¹⁰ Наиме, из овог случаја произилази да је господин Адолф, иначе финансијски консултант, током свађе у канцеларији бацио коверту са кључевима на колегиницу, али је коверта погодила другу жену која се налазила у канцеларији и која је том приликом задобила мању огреботину на шасти. Суд у Инсбруку је утврдио наведено чињенично стање које је и описао, али је одлучио да обустави поступак због „минорног карактера инцидента“, што би у нашем правном систему представљало пандан „делу малог значаја“. Ипак, Адолф је негирао да је он уопште бацио коверту са кључевима и сматрао је да је суд у образложењу одлуке повредио претпоставку невиности описујући радњу коју је он наводно предузео, а да та радња претходно није доказана у судском поступку. ЕСЈП је нашао да не постоји повреда претпоставке невиности, јер иако суд у Инсбруку није смео да описује радњу окривљеног у одлуци, а да она није претходно доказана, ипак, одлуком Врховног суда исправљена је грешка првостепеног суда и очувана је претпоставка невиности окривљеног. ЕСЈП је, чини се нашао лак излаз из кокретне ситуације позивајући се на одлуку Врховног суда, али остало је питање односа претпоставке невиности и „минорног карактера инцидента“ у случају када је суд овлашћен да, по том основу, обустави поступак.

⁶¹⁰ *Adolf v Austria*, ECtHR, Appl.no.8269/78, 26 March 1982, para 39, 40.

Сходно домаћем законодавству⁶¹¹, дело малог значаја садржи обележја кривичног дела, али није кривично дело, између осталог из разлога што степен кривице „није висок“. Дакле, да би се примени овај правни институт суд треба да утврди да је ван разумне сумње доказано постојање свих обележја кривичног дела, па и кривице. Стога, сходно нашем законодавству била би донета ослобађајућа пресуда и била би избегнута свака замка претпоставке невиности. У овом случају аустријски суд је поступак обуставио због „минорног карактера инцидента“ чији елементи претходно нису доказани, али су описани као радња и кривица окривљеног. Дакле, остало је нејасно, да ли је Адолф такву радњу заиста и предузео, иако је суд описао да је предузео.

Трешел је у издвојеном мишљењу Комисије у овом предмету дао занимљиво решење.⁶¹² он је сматрао да овлашћење суда да примени институт „минорног карактера инцидента“ није процесног карактера, односно да не почива на дискреционом овлашћењу суда, већ представља одредбу која је материјалног карактера и за циљ има декриминализацију одређеног понашања. Стога, примењујући институт „минорног карактера инцидента“ суд заправо одлучује да одређене радње измести изван оквира кривичног права. Самим тим, будући да се ради о елементима које су изван опсега кривичног права, нема места примени претпоставке невиности, јер се ова претпоставка не односи на невиност у моралном или неком другом смислу, нити на заштиту од клевете. Наведено Трешелово мишљење указује на то да је приликом оцењивања примене сваког појединачног правног института у националном законодавству неопходно ући у суштину тог правног института - зашто је настао, који је механизам примене, да ли представља институт кривичног материјалног или кривичног процесног права и слично. Иако неки правни институти на први поглед делују идентично, као на пример „минорни карактер инцидента“ из аустријског права и „дело малог значаја“ из нашег права, очигледно је да је природа ова два правна института различита.

⁶¹¹ Члан 18 Кривичног законика РС „Сл.гл.РС“, бр.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019

⁶¹² *Gustav Adolf v Austria*, EComHR, Appl.no .8269/78, 8 October 1980, pg 28-29

Све наведено ЕСЈП треба да има на уму приликом одлучивања. Са друге стране Трешелово мишљење је важно из још једног разлога. Наиме, како се претпоставка невиности не односи на невиност у моралном, религијском или неком другом „некривичном“ смислу и како не служи за заштиту од клевете, несумњиво је да се претпоставка невиности може применити искључиво у односу на лица у односу на која постоји „кривична оптужба“ и то за конкретно кривично дело. Дакле, уколико неко лице нема ово својство, свака тврдња, па и она која потиче од полиције или тужилаштва у погледу кривице тог лица, строго формално, без постојања „кривичне оптужбе“ не би се могла сматрати повредом претпоставке невиности.

Друго питање које се намеће код појма невиност (негација кривице), јесте да ли се претпоставка невиности примењује у оним ситуацијама када је кривица искључена, јер је лице неурачунљиво. Како код неурачунљивог лица не постоји кривица, онда се поставља питање да ли постоји претпоставка невиности, као претпоставка негације кривице. Ако нема кривице, да ли у поступку потребна претпоставка њене негације?

У случају *Silva Rocha v Portugal*⁶¹³ ЕСЈП је дао одговор на ово питање. У овом случају окривљена је била ослобођена је јер је у време извршења кривичног дела била неурачунљива, али јој је истовремено изречена мера безбедности у менталној институцији. ЕСЈП је става да се „мера безбедности има сматрати осудом“ у смислу члана 5. ЕКЈП и сматрао је лишење слободе у притвору оправданим. На овај начин је ЕСЈП дао одговор на питање тумачења субјективних елемената кривичног дела или *mens rea*. Сходно томе, можемо да закључимо да ЕСЈП појам невиности, као негације кривице, не би условљавао постојањем кривице. Напротив, када примењује претпоставку невиности, као процесну претпоставку, ЕСЈП је примењује и у оним поступцима који се примењују када је кривица искључена или модификована, као на пример поступци за изрицање мере безбедности неурачуњивим лицима или у случајевима објективне одговорности. Дакле, чак и када је постојање кривице искључено у

⁶¹³ *Silva Rocha v Portugal*, ECtHR, Appl no. 181.65/91, 26 October 1996, para 27

случају неурачуњивости, односно лимитирано границама објективне одговорности, претпоставка невиности се и тада примењује као претпоставка негације да је лице у односу на које се води поступак предузело радње које му се стављају на терет, односно претпоставка невиности се тада фокусира на објективне елементе дела, односно *actus reus*.⁶¹⁴

Суштински ЕСЈП и даље претпоставку невиности везује и за субјективне и објективне елементе кривичног дела, уз одређене изузетке које примењује у случајевима неких облика објективне одговорности и у случајевима неурачуњивости. Доказ у прилог наведеном је чињеница да је ЕСЈП заузео став у погледу тога да се претпоставка невиности односи само на физичка, а не и на правна лица.⁶¹⁵ Правна лица не могу да имају вољу, стога нема ни њихове субјективне одговорности, самим тим, нема ни претпоставке невиности. Насупрот томе, СПЕУ није показао јасан став у односу на примену претпоставке невиности у односу на правна лица, а усвајање Директиве о претпоставци невиности која искључује претпоставку невиности правних лица, није прошло без оштре дебате⁶¹⁶.

Интересантан је и закључак ЕСЈП у погледу кривичне одговорности за радње другог. У предмету *AP, MP and TP v Switzerland*⁶¹⁷ се поставило питање да ли је могуће да наводни дуг настао пореском утајом окривљеног, који је преминуо у току вођења кривичног поступка, пређе на његове наследнике. Док је Комисија закључила да предметни дуг улази у наслеђе, ЕСЈП је имао супротан став сматрајући да „наслеђивање кривице покојника није компатибилно са стандардима кривичне правде“.

⁶¹⁴ О појмовима *mens rea* и *actus reus* видети више у: М. Шкулић, „Неурачунљивост и интоксикација учиниоца у кривичном праву САД – сличности и разлике са неурачунљивошћу и скривљеном неурачунљивошћу у српском кривичном праву“, *Журнал за криминалистику и право*, Криминалистичко-полицијска академија, 2015, 1-27.

⁶¹⁵ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 158.

⁶¹⁶ О наведеном је било више речи у првом делу рада

⁶¹⁷ *AP, MP and TP v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.71/1996/690/882, 29 August 1997, para 48

Из изнетог, уз извесне изузетке, могло би се закључити да појам претпоставке невиности у пракси ЕСЉП обухвата претпоставку негације субјективних и објективних елемената кривичног дела кумулативно, а да је предуслов за конституисање претпоставке невиности управо постојање извесног степена сумње да субјективни и објективни елементи кривичног дела постоје, односно постојање извесног степена сумње да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет. Дакле, апсурдно, претпоставке невиности нема без одређеног степена сумње, односно претпоставке да је окривљени извршио одређено кривично дело. Ове две претпоставке су нераскидиво повезане, иако представљају *contradictio in adjecto*.

2.4.3. Временска примена претпоставке невиности – *ratione temporis*

За правилну примену претпоставке невиности важно је прецизно утврдити од када до када претпоставка невиности важи.

ЕСЉП је у случају *Minelli v Switzerland*⁶¹⁸ заузео став да се члан 6. став 2. примењује на кривични поступак у целости, а не само на испитивање основаности тужбе, без обзира на коначан исход кривичног гоњења. У другом случају *Alenet de Ribemont v France*⁶¹⁹ ЕСЉП је закључио да повреду претпоставке невиности могу да изврше, поред судија и тужилаца, и други органи јавних власти, што је по мишљењу Суда и учињено изјавама службеника полиције и истражног судије на конференцији за новинаре која је уследила одмах након хапшења подносиоца представке, док он још увек није био оптужен за кривично дело у смислу аутономног појма „кривичне оптужбе“.

ЕСЉП је несумњиво закључио да се претпоставка невиности примењује и на лица у односу на која није још увек покренут кривични поступак, односно која још увек нису оптужена у смислу значења аутономног појма.

⁶¹⁸ *Minelli v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.8660/79, 25 March 1983, para 30

⁶¹⁹ *Alenet de Ribemont v France*, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995, para 36,37, 41

У односу на питање до када важи претпоставка невиности неспорно је да се претпоставка невиности може оповргнути правноснажном осуђујућом пресудом,⁶²⁰ до тог тренутка претпоставка невиности важи. Са друге стране ЕСЈП је у предмету *Philips v The United Kingdom*⁶²¹ заузео став да после правноснажне одлуке о кривици окривљеног нема примене претпоставке невиности у односу на наводе о карактеру и радњама окривљеног који се износе у поступку одмеравања санкције. Ипак, претпоставка невиности би се поново активирала, чак и након правноснажности одлуке којом се потврђује кривица окривљеног, уколико би природа навода о карактеру и радњама окривљеног била таква да конституише нову сумњу која није постојала у поступку или „оптужбу“ у смислу аутономног појма. Такође, у случају *Sekanina v Austria*⁶²² ЕСЈП је закључио да након окончања поступка или ослобађајуће пресуде није дозвољено коментарисање од стране судија у погледу преосталог степена сумње, а у случају *Asan Rushiti v Austria*⁶²³ је закључио да после ослобађајуће пресуде није дозвољено ни ослањање на степен сумње који је постојао. Дакле, након окончања поступка, који није резултовао осуђујућом пресудом, претпоставка невиности наставља да важи. Слично је ЕСЈП закључио и по питању ситуације када се поступак оконча из формалног разлога застарелости. У предмету *Minelli v Switzerland*⁶²⁴ ЕСЈП је тако закључио да је недопустива пракса којом суд окривљеном налаже да накнади део штете оштећеном након окончања поступка застаром, са образложењем да би окривљени био вероватно осуђен да застарелост то није спречила.

Интересантан је случај *Konstas v Greece*⁶²⁵ у ком ЕСЈП закључује да чињеница да је атински суд одложио извршење казне затвора окривљеном до одлуке апелационог суда по жалби, значи да претпоставка невиности остаје на снази.

⁶²⁰ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 161.

⁶²¹ *Philips v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.41087/98, 5 July 2001, para 35

⁶²² *Sekanina v Austria*, ECtHR, Appl.no.13126/87, 25 August 1993, para 30

⁶²³ *Asan Rushiti v Austria*, Appl.no.28389/95, 21 March 2000, para 32

⁶²⁴ *Minelli v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.8660/79, 25 March 1983, para 40

⁶²⁵ *Konstas v Greece*, ECtHR, Appl.no.53466/07, 24 May 2011, para 38

Нарочито је сложено питање важења претпоставке невиности у случајевима када окривљени да изјаву о признању приликом закључења споразума о признању кривичног дела. Може се поставити питање да ли је, самим чином признања и закључења споразума, а пре формалног потврђивања споразума од стране суда, престала да важи претпоставка невиности и да ли је суд у обавези да претпоставку примењује приликом потврђивања споразума. По овом питању мишљења се разликују, али првенствено због различитости националних законодавстава, односно ефеката које производи закључен споразум о признању кривичног дела. У адверзијалним кривичним поступцима закључење споразума би довело до оповргавања, тиме и престанка важења претпоставке невиности, док у континенталном праву, у ком признање није „ексклузиван“⁶²⁶, већ само један од доказа, претпоставка невиности би остала на снази до правноснажне осуђујуће пресуде.⁶²⁷ Питање односа признања окривљеног и претпоставке невиности се показало сложеним и ван оквира споразума о признању кривичног дела. У предмету *Houswitschka v Germany*⁶²⁸ Комисија је представку подносиоца за повреду претпоставке невиности одбила као недозвољену у ситуацији када му је била опозвана условна осуда због новог кривичног дела за које још увек није био осуђен, а све из разлога што је он то ново кривично дело признао пред судом.

2.4.4. Повезаност претпоставке невиности са другим правима из Конвенције

Претпоставка невиности није повезана само са процесним правима из члана 6. Конвенције, већ и другим правима гарантованим ЕКЉП.

Многе околности у спровођењу или праћењу спровођења кривичног поступка могу бити такве природе да наруше претпоставку невиности, иако су сва процесна права у целости поштована. Ово се дешава из разлога што се кривични

⁶²⁶ О доказном значају признања окривљеног у адверзијалном кривичном поступку и континентално европским кривичним поступцима видети више: М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр.18.

⁶²⁷ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 161.

⁶²⁸ *Houswitschka v Germany*, ECtHR, Appl.no.12380/86, 5 October 1988.

поступци не одвијају у правном вакуму, већ у реалном животу и што производе последице по окривљеног (на пример лишењем слободe), али изазивају и интересовање јавности које има одређене захтеве и неретко предубеђења или предрасуде у погледу кривице окривљеног.

Иако повезаност са другим правима у ЕКЉП није предмет интересовања у истраживању претпоставке невиности у ужем смислу, одлуке ЕСЉП у тим случајевима управо показују значај претпоставке невиности и да поље примене овог права није унапред јасно одређено, већ се мора изучавати холистичким приступом. У наставку дајемо кратак преглед људских права из ЕКЉП која су најчешће у индиректној вези са претпоставком невиности.

2.4.4.1. *Право на живот*

У члану 2 ЕКЉП прописује право на живот. Протоколом 13. из 1984. године Конвенција у потпуности укида смртну казну као санкцију која може да буде изречена у кривичном поступку. Члан 2. подразумева да је обавеза државе, не само да се уздржи од лишења живота појединца, већ да право на живот као фундаментално право, са посебном пажњом штити и да у одређеним случајевима предузима мере из њене надлежности како би штитила појединце од лишења живота од стране других лица, па некада и од стране самог лица.

У односу на претпоставку невиности, значајно је неколико случајева у којима се ЕСЉП бавио питањем права на живот. Тако, у предмету *McCann and others v. The United Kingdom*⁶²⁹ ЕСЉП је одлучивао о праву државе на лишење живота ради одбране неког лица од незаконитог насиља – члан 2. став 2. тач.а. Наиме, војници САС су убили тројицу ИРА терориста за које су сматрали да се спремају да активирају бомбу у Гибралтару. Чињеница је да у Гибралтару није било бомбе, нити су терористи носили бомбе или било какво оружје. Комисија је заузела становиште да је право на живот терористе заштићено чланом 2. и да они имају право на правично суђење, али је такође констатовао да су војници искрено веровали да је пуцање у терористе био једини начин да се спречи активирање

⁶²⁹ *McCann and others v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.18984/91, 27 September 1995

бомбе, па би стога такво искрено веровање могло бити оправдано са становишта примене става 2. тачка а., чак и уколико би се касније успоставило да је веровање било погрешно. Дакле, у конкретном случају можемо да закључимо да је ЕСЉП сматрао интерес безбедности и права на живот других претежнијим од права на живот лица за које су војници веровали да су терористи. Иако у конкретном случају ЕСЉП није одлучивао о процесним правима, посредно је одредио границе примене процесних права, па и претпоставке невиности у деловању полиције приликом превентивног деловања и у преткривичном поступку.

У другом предмету ЕСЉП је нарочиту пажњу поклонио обавези државе да штити лица која се налазе у притвору, а имајући у виду да се притвореници, сходно претпоставци невиности, сматрају невиним лицима. У случају *Salman v. Turkey*⁶³⁰ Суд је констатовао да се лица у притвору налазе у деликатном положају и да је дужност државних органа да их заштите. Следствено, у случајевима у којима је појединац одведен у полицијски притвор у здравом стању, а установи се да је по пуштању из притвора повређен, дужност је државе да пружи веродостојно објашњење како су повреде настале. Такође, у предмету *Tanribilir c. Turquie*,⁶³¹ ЕСЉП практично конституише позитивну обавезу држава у погледу примене члана 2. ЕКЉП у односу на притворенике. Овај случај тичао се самоубиства притвореника, а ЕСЉП је утврдио изричиту обавезу држава да предузму практичне превентивне мере да заштите појединца од других лица или, у посебним околностима, од њега самог.

2.4.4.2. *Забрана мучења из члана 3.*

Члан 3. који се односи на забрану мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања је апсолутан. Он представља *jus cogens*, јер нису предвиђени изузеци од његове примене, нити може бити одступања по члану 15. Конвенције, чак ни у случају опште опасности која прети нацији.

⁶³⁰ *Salman v Turkey*, ECtHR, Appl.no.21986/93, 27 July 2000.

⁶³¹ *Tanribilir c. Turquie*, ECtHR, Req.no.21422/93, 16 novembre 2000

Случајеви који су се појављивали пред судом најчешће су се односили на: третман у полицијском задржавању, услове у притвору, као и случајеве депортације чије би извршење довело до нечовечног поступања у трећој држави и случајеве када су судови пропустили да заштите жртве од злостављања.

Члан 3. подразумева како негативну обавезу државе – да се уздржи од активности које се могу подвести под овај члан, тако и позитивну обавезу да предузме мере чији је циљ да се појединцима гарантује да неће бити изложени мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању, чак и када такво злостављање које врше појединци као приватна лица, или „када органи власти не предузимају разумне кораке како би се избегла опасност од злостављања о којем су имали сазнања или је требало да имају сазнања“⁶³².

Са становишта права окривљених на привилегију од самоинкриминације, значајни су случајеви ЕСЉП у односу на мучење притвореника. У пресуди *Ireland v. United Kingdom*⁶³³ ЕСЉП наводи да је окривљени био подвргнут „палестинском вешању“, односно да је био свучен до голе коже, руку везаних иза леђа и обешен о руке. По становишту суда „мучење“ захтева да је претходно смишљено са одређеним циљем (признање, застрашивање, кажњавање и сл.), као и да постоји намера наношења озбиљних и свирепих патњи и да радња наношења захтева припрему и труд за извођење.

У другом предмету *Elci and Others v. Turkey*⁶³⁴ ЕСЉП је оценио уверљивим сведочење подносилаца о страховитим условима притвора – хладно, мрачно, влажно, неодговарајућа постељина, храна и санитарне просторије, да су притвореници трпели увреде, понижења, шамаре и да би потписали сваки документ који би био стављен пред њих. Стога је ЕСЉП закључио да су подносиоци трпели физичко и психичко насиље од стране жандармерије за време боравка после хапшења и да је то код њих изазвало велики бол и патњу и то

⁶³² *Osman v. United Kingdom*, EctHR, Appl.no.87/1997/871/1083, 28 October 1998.

⁶³³ *Ireland v. United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.5310/71, 18 January 1978

⁶³⁴ *Elci and Others v. Turkey*, ECtHR, Appl.nos. 23145/93 and 25091/94, 13 November 2003

нарочиту и окрутну и констатовао је да се предузете радње могу сматрати мучењем у смислу члана 3.

У односу на понижавајуће поступање ЕСЈП је у више наврата, на пример у пресудама *Peers v. Greece*⁶³⁵ и *V v. The United Kingdom*⁶³⁶, указивао да је такво поступање подобно да деградира окривљеног и да сломи његов дух и отпор што може да утиче на одбрану окривљеног и ефикасно коришћење процесних права, па самим тим и на однос према привилегији против самоинкриминације.

2.4.4.3. *Забрана ропства и принудног рада из члана 4.*

Члан 4. дефинише забрану ропства и принудног рада. У вези са питањем претпоставке невиности ЕСЈП заузима став у погледу рада лица који се налазе на издржавању казне затвора сматрајући да се радна обавеза лица лишених слободе у смислу члана 5. ЕКЈП не сматра „принудним или обавезним“ радом све док не представља прекорачење уобичајене границе - док је њен циљ рехабилитација и док се темељи на општим стандардима.⁶³⁷

У односу на лица која нису на издржавању казне затвора, већ су у притвору ЕСЈП не заузима наведени став. Стога, лица у односу на која постоји претпоставка невиности не могу да буду подвргнута никаквом облику рехабилитације.

2.4.4.4. *Право на слободу и сигурност из члана 5.*

Право на слободу је, поред права на живот, фундаментално право Конвенције. Слобода, не само да је сама по себи фундаментално људско право, већ лишење тог права нужно за последицу има немогућност уживања неких других права и слобода – право на породични и приватни живот, право на слободу окупљања, удруживања и изражавања, право на слободу кретања и сл. Посебно треба имати у виду пораст ризика од повреде других гарантованих права у односу

⁶³⁵ *Peers v. Greece*, ECtHR, Appl.no.28524/95, 19 April 2001, para 75

⁶³⁶ *V v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 24724/94, 16 December 1999, para 89

⁶³⁷ *Van Droogenbroeck v. Belgium*, ECtHR, Appl.no.7906/77, 25 April 1983 и у случају *De Wilde, Ooms, Versyp v. Belgium*, ECtHR, Appl.nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18 June 1971.

на лица лишена слободе. Тако, лишењем слободе неког лица расте ризик од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, али и ризик од повреде претпоставке невиности.

Конвенција не даје дефиницију појма лишења слободе, а са теоријског аспекта лишење слободе би се могло дефинисати као „мера предузета од стране јавних власти сходно којој се лице против своје воље одређено време држи у ограниченом простору применом силе или претњом применом силе услед напуштања простора“.⁶³⁸

Мера лишења слободе мора да се креће управо у наведеним границама и она, сама по себи, ни по начину извршења не сме ништа да говори или сугерише о кривици или невиности окривљеног. Како се, са становишта лаичке јавности, лишење слободе неретко доживљава санкцијом, из чега би следило да је свако лице које је лишено слободе, ухапшено или притворено, вероватно за нешто криво, потребно је уложити посебан напор како се ниједном радњом не би посредно или непосредно сугерисала кривица окривљеног.

Начин спровођења притвора, али и дужина притвора могу да створе утисак кривице или невиности. Суд је мишљења да се разуман ток не може оцењивати *in abstracto* и да се разумност продужавања притвора мора процењивати у сваком конкретном случају, сходно природи случаја. У пресуди *Erdem v. Germany*⁶³⁹ ЕСЈП подсећа на немогућност апстрактне процене дужине трајања притвора, али се позива на принцип пропорционалности и наводи да је „дужи притвор оправдан само уколико специфичне околности указују на стварну потребу заштите јавног интереса, без обзира на претпоставку невиности и то када има већу тежину него правило поштовања слободе појединца прописано у члану 5. Конвенције...“. У истој пресуди наводи да је преваходно на домаћим судским органима да обезбеде да трајање притвора не пређе оно што се сматра разумним роком и да државни органи морају узети у обзир све околности које, имајући у виду пресумпцију

⁶³⁸ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 412.

⁶³⁹ *Erdem v. Germany*, ECtHR, Appl.no.38321/97, 5 July 2001, para 39

невиности, оправдавају изузетак од правила којим се захтева поштовање слободе појединца.

ЕСЉП је заузео став да приликом доношења одлуке сваки суд мора да пође од основног принципа, сличног елементу претпоставке невиности *in dubio pro reo*, а то је *in dubio pro libertate*⁶⁴⁰. Дакле, у сумњи постојања основа за одређивање и продужење притвора Суд је у обавези да лице пусти на слободу, односно у сумњи између лишења слободе и слободе треба да превагне слобода. Образлажући своју одлуку о одређивању или продужењу притвора суд је у обавези да пође управо од претпоставке слободе, као основног људског права, па онда да образлаже разлоге који оправдавају лишење слободе, а све сходно изузецима наведеним у ставу 1. члана 5. Конвенције.

2.4.4.5. Слобода изражавања и претпоставка невиности

Претпоставка невиности обавезује превасходно судије, тужиоце и полицију да у обавештавању јавности буду уздржани од било каквих изјава којима би се могао прејудуцирати исход поступка, али и да се у предузимању радњи понашају сходно највишим стандардима објективности, непристрасности и поштовања права и достојанства окривљеног. Бројни кодекси професионалних етика судија и тужилаца такође обавезују на поштовање претпоставке невиности и наведених принципа у поступању.

Са друге стране, у бројним предметима ЕСЉП је закључио да претпоставка невиности мора бити поштована не само пред органима поступка, односно у току самог спровођења процесних радњи, већ и приликом обраћања јавности од стране судија, тужилаца и јавних званичника⁶⁴¹. Стога, нису дозвољене било какве изјаве

⁶⁴⁰ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 488. Указује да је принцип *in dubio pro libertate* ЕСЉП је усвојио у случају *Hutchison Reid v. United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.50272/99, 20 February 2003

⁶⁴¹ *Allenet de Ribemont v. France*, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995, para 36; *Daktaras v. Lithuania*, ECtHR, Appl.no.42095/98, 10 October 2000, para 42; *Petyo Petkov v. Bulgaria*, ECtHR, Appl.no.32130/03, 7 January 2010, para 91

којима се охрабрује јавност да верује у кривицу окривљеног, нити да се на било који начин прејудицира исход поступка.⁶⁴²

Нешто је компликованија ситуација када говоримо о обавезама медија да поштују претпоставку невиности, али и обавезе медија су постале предмет регулације на међународном и националним нивоима. Тако је ЕСЉП у предмету *Allen v The United Kingdom*⁶⁴³ закључио да, са становишта права окривљеног, није битно само то којом пресудом је поступак окончан, већ и то каква је репутација окривљеног, односно, како је окривљени перципиран од стране јавности.

О обавезама судија, тужилаца, полиције, јавних званичника и медија приликом давања јавних изјава у циљу заштите претпоставке невиности окривљеног биће речи касније у посебном поглављу.

2.4.4.6. *Право на имовину и претпоставка невиности*

На први поглед, право на имовину, из члана 1. Протокола 1., нема тачке везивања са правима у кривичном поступку. Међутим, када су у питању мере које државе предузимају у циљу спречавања организованог криминала и тероризма у виду превентивних мера - одузимања имовине проистекле из кривичног дела, онда се поставља питање - са којим правом и по ком основу држава имовину одузима? Да ли одузимање имовине представља процесну радњу у кривичном или преткривичном поступку или се ради о потпуно одвојеном поступку који није у конекцији са процесним правима у кривичном поступку?

Делује да је ЕСЉП био склон да одузимање имовине проистекле из кривичног дела изузме из примене права на правично суђење, односно да га сматра поступком који је потпуно одвојен од кривичног поступка. Такво становиште заузео је у предмету *Raimondo v Italy*.⁶⁴⁴ Међутим, са становишта претпоставке невиности, ситуација је нешто компликованија. Оправдано се може

⁶⁴² *Ismoilov and Others v. Russia*, ECtHR, Appl.no.2947/06, 24 April 2008, para 161; *Butkevicius v. Lithuania*, ECtHR, Appl.no.48297/99, 26 March 2002, para 53

⁶⁴³ *Allen v The United Kingdom*, ECtHR, Appl. no.25424/09, 12 July 2013, para 94

⁶⁴⁴ *Raimondo v Italy*, ECtHR, Appl.no.12954/87, 22 February 1994, para 43

поставити питање да ли одузимање имовине од неког лица, у току вођења кривичног поступка против њега, може да делује као врста санкционисања, односно прејудицирања исхода поступка. Стога, прописи који регулишу област морају да пруже адекватан баланс између захтева за превентивним деловањем у циљу даљег спречавања вршења кривичних дела и претпоставке невиности, као предуслова легитимитета кривичног поступка.

О одузимању имовине проистекле из кривичног дела говорићемо детаљније у делу рада који се односи на контемпоралне ризике по претпоставку невиности.

2.4.4.7. Право на накнаду за погрешну осуду и претпоставка невиности

Право окривљеног на накнаду за погрешну осуду прописано је чланом 3. Протокола 7. За разлику од других људских права чија заштита подразумева претходно утврђивање да ли је до повреде права дошло, ово право појединац стиче у оном тренутку када држава формално, одлуком суда признаје повреду права, тј. признаје грешку која је довела до повреде права појединца. Право на накнаду штете служи, како осуђеном лицу - да поврати достојанство и накнади материјалну штету коју је имао због осуђујуће пресуде, али служи и држави, односно правосуђу, као симбол објективности и правде.

Након укидања пресуде којом је оглашен кривим, у односу на лице које је том пресудом било осуђено, поново се конституише претпоставка невиности. Дакле, држава чланица ће том лицу морати да накнади штету и неће моћи да избегне ту обавезу давањем образложења да још увек постоји извешан степен сумње да је то лице извршило кривично дело. Тако, држава не може да избегне плаћање накнаде штете позивајући се, на пример на новооткривену чињеницу да је судија примио мито да би донео осуђујућу пресуду, те да стога није отклоњена сумња са осуђеног лица.

Суд нема нарочито развијену праксу у односу на члан 3. Протокола 7. У случају *Aannemersbedrijf Gebroeders van Leeuwen B. V. Netherlands*⁶⁴⁵ ЕСЉП је навео да „... било која одредба Конвенције и њених Протокола не обавезује државе уговорнице да у случајевима када је кривично гоњење обустављено обештети лице оптужено за кривично дело за било какву штетну последицу коју је претрпело“⁶⁴⁶ Са друге стране, у пресуди *Matveyev v. Russia*⁶⁴⁷ Суд је констатовао да нису испуњени услови за примену члана 3. Протокола 7. јер „осуда није била поништена у вези са новом или новооткривеном чињеницом, већ по основу преиспитивања доказа које је у кривичном поступку против подносиоца представке користио Президијум“.⁶⁴⁸

2.5. ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА И ПРЕБАЦИВАЊЕ ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

(Терет доказивања је на ономе ко тврди, а не на оном ко пориче.)

2.5.1. Појам терета доказивања и теоријске поделе.

Терет доказивања постоји самостално као принцип у кривичном процесном праву. У директној је вези са једнакошћу оружја – *equality of arms*, као једним од основних принципа ЕКЉП, сходно коме „свака странка у поступку мора да има разумну могућност за презентовање случаја пред судом, под условима који га не доводе у суштински неповољнији положај у односу на опонента“.⁶⁴⁹

Иако принцип једнакости оружја важи, како за кривични, тако и за грађански поступак, он у сфери кривичног поступка подразумева да је терет

⁶⁴⁵ *Aannemersbedrijf Gebroeders van Leeuwen B. v Netherlands*, ECtHR, Appl.no. 32602/96, 25 January 2000

⁶⁴⁶ Дž. Мекбрајд, *Људска права у кривичном поступку – пракса Европског суда за људска права*, Савет Европе, канцеларија у Београду, 2009, стр. 331.

⁶⁴⁷ *Matveyev v. Russia*, ECtHR, Appl.no. 26601/02, 3 July 2008

⁶⁴⁸ Дž. Мекбрајд, *op.cit.*, стр. 335.

⁶⁴⁹ N. Mole, C. Harby, *op.cit.*, pg 46.

доказивања на страни тужиоца. Разлог за овакву расподелу терета, са становишта принципа једнакости оружја, лежи у чињеници да је тужилаштво неспорно „јача“ страна, јер располаже немерљиво већим капацитетима у односу на окривљеног. Иако постоје теоријске расправе о улози и значају терета доказивања у акузаторском и инквизиторском систему које чак иду у правцу негације постојања терета доказивања у инквизиторском систему, јер је суд тај који утврђује чињенице,⁶⁵⁰ ове поделе, као и питање истине у кривичном поступку ћемо оставити по страни и фокусирати се на терет доказивања, онако како га види ЕСЈП.

Терет доказивања је нарочито развијен у англосаксонској судској пракси и почива на чувеном случају *Woolmington v DPP*⁶⁵¹ у коме је наведено да је терет доказивања, као дужност тужиоца да докаже кривицу, „златна нит“ енглеског кривичног права. Једини изузетак у терету доказивања у англосаксонском праву је доказивање неурачуњивости које пада на терет окривљеног. Питање терета доказивања у англосаксонској традицији заузима тако важно место, да су неки ранији аутори чак заступали став да се претпоставка невиности исцрпљује управо кроз терет доказивања и да не постоје други њени елементи.⁶⁵²

Да би могли правилно да разумемо и образложимо праксу ЕСЈП у погледу терета доказивања, морамо за тренутак да се осврнемо на теоријску поделу врста терета доказивања. Наиме, у англосаксонској теорији је општеприхваћено да постоје две врсте терета доказивања: убеђујући терет доказивања и чињенични, односно доказни терет доказивања.⁶⁵³ Подела на *убеђујући* и *чињенични* терет доказивања настала је у чувеној пресуди *Woolmington* и постала је део *common law*

⁶⁵⁰ De Figueiredo Dias, *Direito processual penal vol 1*, Coimbra Editoria, 1974, преузето из S. Trechsel, *op.cit.*, pg 167.

⁶⁵¹ О случају *Woolmington v DPP* видети више у: B. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 667.

⁶⁵² N. Bridge „Presumptions and Burdens“ 1949, G Williams „The proof of guilt: A Study of the English Criminal Trial 3rd edn“ 1963, цитирано према A. Stumer, *op.cit.*, introduction, xxxvii

⁶⁵³ О подели на *убеђујући* и *чињенични* терет видети више у: A. Stumer, *op.cit.*, pg 8; Prakken, H. and Sartor, G. “A Logical Analysis of Burdens of Proof”, in Kaptein, H., Prakken, H., and Verheij, B. Farnham (eds), *Legal Evidence and Burden of Proof*, Ashgate, 2009, 223 –253.; B. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 668, D. Walton, *op.cit.*, pg 49.

система.⁶⁵⁴ У теорији се помиње и трећи облик терета доказивања, као нека врста изузетка од два наведена и назива се *специјалним теретом доказивања*.⁶⁵⁵

Убеђујући терет доказивања - *persuasive burden of proof* представља оригинерни појам терета доказивања и он у ствари представља процесну категорију која је унапред постављена и сходно којој је терет убеђивања суда на страни јавног тужиоца. Дакле, јавни тужилац је тај који треба да убеди суд, изван разумне сумње, у кривицу окривљеног. Убеђујући терет доказивања је непреносив на окривљеног и он постоји током целог кривичног поступка. У односу на овај терет доказивања дозвољени су изузеци о којима ће више речи бити касније. Убеђујући терет доказивања у нашем законодавству прописан је чланом 15. Законика о кривичном поступку.

Чињенични, односно доказни терет доказивања - *evidential burden of proof* излази изван опсега убеђујућег терета. Он није обавезан и може да буде, како на страни тужиоца, тако и на страни окривљеног. Такође, није обавезан у свим фазама поступка. Суштински, везан је за расправну фазу поступка и представља право и обавезу за достављањем доказа у односу на питање које треба да реши суд. Окривљени има право да активно користи чињенични терет доказивања, а некоришћење овог права, у одређеним ситуацијама, може произвести неповољне последице по окривљеног. Тако, сходно ЗКП-у, окривљени и његов бранилац дужни су да на припремном рочишту предложе доказе које намеравају да изведу, под претњом да се неће извести они докази који су им били познати, али без оправданог разлога нису предложени.⁶⁵⁶ Чињенични, односно доказни терет доказивања ни у ком случају не треба мешати са убеђујућим теретом доказивања, иако ту замку није увек лако избећи, што доказује и пракса ЕСЈП о чему ће бити речи.

⁶⁵⁴ А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 263.

⁶⁵⁵ В. Emmerson et al, *op.cit.*, pg 669.

⁶⁵⁶ Члан 350 ст.1. Законика о кривичном поступку. Такође, суд може из истих разлога одбити доказни предлог на главном претресу, члан 395.ст.4.

Специјални терет доказивања се односи на ситуације у којима закон забрањује вршење одређене делатности без поседовања лиценце, односно дозволе. Терет доказивања поседовања лиценце или дозволе налази се на страни окривљеног.⁶⁵⁷

2.5.2. Пребацивање терета доказивања

ЕСЈП се у великом броју случајева суочио са питањем пребацивања терета доказивања. Теоријска подела на убеђујући, чињенични и специјални терет доказивања је била од значајне користи у раздвајању дозвољеног од недозвољеног пребацивања терета доказивања, јер док „пребацивање убеђујућег терета доказивања суштински захтева од окривљеног да докаже своју невиност, пребацивање чињеничног терета доказивања захтева од окривљеног да покрене питање доказа који га ослобађају кривице“.⁶⁵⁸

ЕСЈП је у пракси заузео чврст став против пребацивања убеђујућег терета доказивања на окривљеног. У ситуацијама када је на окривљеном лежала обавеза доказивања одређених чињеница, ЕСЈП је такву праксу сматрао дозвољеном само уколико је такав терет доказивања представљао чињенични терет доказивања, а при том није задирао у убеђујући терет доказивања.⁶⁵⁹

Ипак, сложеност питања терета доказивања овде се не завршава. Оправдано се може поставити питање - у односу на које чињенице се чињенични терет доказивања може пребацивати на окривљеног, а у односу на које чињенице то није дозвољено, јер би такво пребацивање чињеничног терета доказивања суштински значило пребацивање убеђујућег терета доказивања. Са друге стране, у случајевима пребацивања чињеничног терета доказивања на окривљеног, ЕСЈП се суочава са питањем *права на ћутање*, као елементом претпоставке невиности,

⁶⁵⁷ B. Emerson et al., *op.cit.*, pg 669.

⁶⁵⁸ D. Hamer, „The presumption of innocence and reverse burdens: a balancing act”, *The Cambridge Law Journal*, 2007, 142-171, 166.

⁶⁵⁹ A. Amatrudo, L. William Blake, *Human rights and the criminal justice system*, Routledge, GlassHouse Book, New York, 2015, pg 42.

који је суштински у супротности са чињеничним теретом доказивања. На овај начин се поступак одлучивања ЕСЉП, у случајевима пребацивања терета доказивања, додатно компликује питањем – где су границе дозвољеног пребацивања чињеничног терета доказивања и где је граница између чињеничног терета доказивања окривљеног и његовог права да се брани ћутањем, односно у којим случајевима му је прекршена претпоставка невиности, а у којим није?

Са становишта пребацивања терета доказивања значајно је и питање *претпоставки чињеница* и *претпоставки права* које постоје у сваком правном систему, јер „понекад кривично законодавство пребацује терет доказивања који за последицу има обавезу окривљеног да обезбеди доказе у циљу обарања претпоставке чињеница или претпоставке права.“⁶⁶⁰

Овакве претпоставке могу да воде ка обрнутом терету доказивања, односно ка пребацивању терета доказивања са јавног тужиоца на окривљеног. ЕСЉП се у великом броју случајева изјашњавао о питању односа претпоставки чињеница или права са једне стране и претпоставке невиности са друге стране. Начелно, ЕСЉП наведене претпоставке сматра саставним делом сваког правног система и оне, по самој њиховој природи, нису у супротности са претпоставком невиности. Међутим, ЕСЉП је развио богату праксу у погледу тога који услови треба да буду испуњени да би такве претпоставке биле сагласне претпоставци невиности. Трешел је мишљења да су дозвољене оне претпоставке чињеница или права које су, по својој природи, обориве, док су претпоставке којима се уводи објективна одговорност необориве и стога су у супротности са претпоставком невиности.⁶⁶¹ Стјумер, са друге стране указује да законске претпоставке нису у супротности са претпоставком невиности, све док су у оквирима разумних лимита.⁶⁶²

⁶⁶⁰ W. Schabas, *op.cit.* (2015), pg 299.

⁶⁶¹ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 168.

⁶⁶² A. Stumer, *op.cit.*, pg 98.

2.5.3. Пракса ЕСЈП

Пракса ЕСЈП потврђује тезу о сложености питања пребацивања терета доказивања са тужиоца на окривљеног.

Са становишта пребацивања терета доказивања значајна је једна од најранијих одлука Комисије у случају *X v The United Kingdom*.⁶⁶³ У овом случају Комисија је исправно приметила да претпоставке чињеница или претпоставке права могу да воде ка претпоставци кривице и да стога није довољно сагледати само форму таквих претпоставки, већ је неопходно ући у њихову суштину, како би се свеобухватно сагледао њихов ефекат. У овом случају Комисија се суочила са претпоставком која је постојала у енглеском праву, а према којој је сваки мушкарац, који је живео са проститутком или је контролисао њено понашање, имао незаконите приходе. Комисија је ову претпоставку сматрала прихватљивом, имајући у виду да је претпоставка, по природи, оборива.

У каснијем случају који се тичао клевете, Комисија је поново била у прилици да се изјашњава о пребацивању терета доказивања. У случају *Lingens and Leitgeb v Austria*⁶⁶⁴ подносиоци представке су били новинари који су пред аустријским судовима одговарали због кривичног дела клевета и, сходно закону, на њима је био терет доказивања истинитости изнетих тврдњи. Они су сматрали да је тако на њих пребачен терет доказивања и да је стога повређена њихова претпоставка невиности. Комисија је представку одбила налазећи да, иако постоји забринутост у погледу „специјалне одбране“ окривљених, ипак није нарушена претпоставка невиности из разлога што је терет доказивања суштинских елемента кривичног дела и даље остао на тужилаштву, а није нарушен међусобни однос снага између тужилаштва и окривљеног.

Најпознатији случај који се тичао пребацивања терета доказивања је *Salabiaku v France*.⁶⁶⁵ Амос Салабиаку је био држављанин Заира (данашњи Конго)

⁶⁶³ *X v The United Kingdom*, EComHR, Appl.no.5124/71, 19 July 1972

⁶⁶⁴ *Lingens and Leitgeb v Austria*, EComHR, Appl.no.8803/79, 11 December 1981

⁶⁶⁵ *Salabiaku v France*, ECtHR, Appl.no.10519/83, 7 October 1988

са пребивалиштем у Паризу. Упутио се на аеродром у Паризу како би подигао пакет са храном из своје земље. И поред упозорења летачког особља, подигао је пакет на коме није било назначено име. Са пакетом се упутио ка царини и прошао кроз ред намењен путницима који немају ништа за пријавити. Зауостављен је од стране цариника, пакет је отворен и у њему је пронађено, између осталог, 10 килограма марихуане. Два дана касније на аеродром у Бриселу стигла је пошиљка на име Салабиакуа. Грешком је пакет са храном за Салабиакуа, уместо у Париз био послат у Брисел. Салабиаку је ослобођен за кривично дело увоза дроге применом начела *in dubio pro reo*, али је истовремено оглашен кривим за кријумчарење као царински прекршај. Наиме, наведеним царинским прекршајем је успостављена претпоставка према којој свако ко у свом поседу има непријављену робу јесте крив за кријумчарење, дакле успостављена је претпоставка кривице, која може бити оповргнута само позивањем на вишу силу, односно на апсолутну немогућност да је окривљени знао шта се налази у пакету. Једноставније речено, успостављена је претпоставка да свако ко носи пртљаг зна шта се у пртљагу налази. ЕСЈП је закључио да постојање законских претпоставки није у супротности са ЕКЈП, па ни са претпоставком невиности, наводећи да „у сваком правном систему постоје претпоставке чињеница или претпоставке права, али да је неопходно да буду у одговарајућим оквирима... чиме се од државе захтева да такве претпоставке ограничи разумним лимитима који треба да узму у обзир заштићено добро и очување права на одбрану.“⁶⁶⁶

Поред тога што случај Салабиаку отвара питање примене пропорционалности у праву на правично суђење, значај ове пресуде је већи у погледу питања пребацивања терета доказивања. Став изнет у случају Салабиаку, Комисија и ЕСЈП су касније користили у бројним другим одлукама. Ипак, одлука није прошла без, чини се оправдане, критике. Трешел тако поздравља став ЕСЈП да државама није дозвољено да претпоставке чињеница или претпоставке права постављају по свом нахођењу. Међутим, он сматра да је ЕСЈП пропустио да опише на који то начин држава треба да се постави у односу на заштитни

⁶⁶⁶ *Salabiaku v France*, ECtHR, Appl.no.10519/83, 7 October 1988, para 28

објекат, односно да ли већи значај заштитног објекта оправдава увођење претпоставки, или оправдање постоји уколико је значај заштитног објекта нижи.⁶⁶⁷ Одговоре на ова питања ЕСЈП је пропустио да пружи.

Други значајан случај на тему пребацивања терета доказивања је *Pham Hoang v France*⁶⁶⁸ у ком је чињенично стање било слично Салабику случају. Подносилац представке је био ухапшен док је седео у свом аутомобилу у тренутку када су две особе, које су носиле хероин, започеле улазак у аутомобил. Према тадашњем француском закону у сваком поступку који се односи на заплону предмета чије је држање забрањено, терет доказивања је на ономе од кога је роба одузета. ЕСЈП је нашао да није било повреде претпоставке невиности, јер су докази били правилно оцењени и није било аутоматског ослањања на законску претпоставку.⁶⁶⁹ ЕСЈП је овакву одлуку донео из разлога што је претходно закључио да није у његовој надлежности да процењује да ли би нека законска претпоставка, сама по себи, могла да утиче на претпоставку невиности, већ да ли је законска претпоставка, у конкретном случају, била таква да је довела до угрожавања претпоставке невиности. Како се француски суд није позвао на наведену претпоставку и како су докази били правилно оцењени, ЕСЈП је оценио да до повреде претпоставке невиности није дошло.

Слично је и у случају *AG v Malta*⁶⁷⁰ у ком је Комисија нашла да није дошло до повреде претпоставке невиности. Наиме, сходно малтешком закону, директор компаније се сматра кривим за кривично дело које је починила компанија, осим уколико не докаже да је кривично дело учињено без његовог знања и да је извршио сву потребну марљивост да спречи извршење кривичног дела. Комисија је била мишљења да је овакво пребацивање терета доказивања дозвољено и да не представља кршење претпоставке невиности, а из разлога што малтешки судови

⁶⁶⁷ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 169. Сличну забринутост истичу и В. Emmerson et al., *op.cit.*, pg 671.

⁶⁶⁸ *Pham Hoang v France*, ECtHR, Appl.no.13191/87, 25 September 1992

⁶⁶⁹ *Pham Hoang v France*, ECtHR, Appl.no.13191/87, 25 September 1992, para 36

⁶⁷⁰ *AG v Malta*, EComHR, Appl.no.16641/90, 10 December 1991

имају истинску слободу процене доказа, а окривљени има на располагању ефективна средства на основу којих може да обори претпоставку.

Типичан пример пребацивања чињеничног терета доказивања је и случај *Bates v The United Kingdom*⁶⁷¹ у ком случају је Комисија оценила да нема повреде претпоставке невиности. Наиме, подносилац представке је окривљени који је оглашен одговорним сходно Закону о опасним псима, према коме је терет доказивања, да пас не припада опасној раси, на власнику пса, а не на јавном тужиоцу. Дакле, наведеним законом је била успостављена претпоставка да сваки пас припада опасној раси, а на власнику је да докаже супротно. Разлог за овакав став Комисије образложен је чињеницом да је окривљени имао могућност да претпоставку обори, односно, у конкретном случају се није радило о необоривој претпоставци.

Пребацивање убеђујућег терета доказивања са јавног тужиоца на окривљеног није дозвољено. Међутим, није увек баш једноставно раздвојити чињенични терет доказивања од убеђујућег терета доказивања, тим пре што је некада природа и обим чињеничног терета доказивања таква, да суштински представљају убеђујући терет доказивања.

Један од таквих случајева је *H v The United Kingdom*.⁶⁷² У англосаксонском праву, још од *Woolmington case* успостављено је правило да је терет доказивања увек на тужиоцу, изузев у ситуацији када се постави питање неурачуњивости окривљеног, у ком случају се терет доказивања неурачуњивости пребацује на окривљеног. Комисија је била у прилици да се изјашњава о овој англосаксонској традицији. Представку о наводној повреди претпоставке невиности огласила је недозвољеном, налазећи да пребацивање терета доказивања на овај начин није „неразумано или арбитрерано“. У одлуци је Комисија још једном подвукла закључак из чувеног случаја *Salabiaku* да је постојање претпоставки чињеница и претпоставки права, које неспорно воде ка пребацивању терета доказивања,

⁶⁷¹ *Bates v The United Kingdom*, EComHR, Appl.no.26280/95, 16 January 1996

⁶⁷² *H v The United Kingdom*, EComHR, Appl.no.15023/89, 4 April 1990

уобичајено за сваки правни систем. Чини се да се Комисија није упустила у детаљнију аргументацију у погледу објашњења лимита дозвољеног пребацивања убеђујућег терета доказивања.

Још један случај у ком је била нејасна граница између убеђујућег и чињеничног терета доказивања је и случај *Hardy v Ireland*.⁶⁷³ Наиме, према ирском закону свака особа која прави или поседује експлозивну материју биће одговорна за кривично дело, уколико не докаже да ту материју држи на основу закона. Дакле, законом је уведена претпоставка да је свако држање експлозивних материја незаконито. Та претпоставка је обориве природе. Комисија је закључила да је убеђујући терет доказивања остао на јавном тужиоцу, а да је на окривљеног само пренет чињенични терет доказивања у односу на законску претпоставку, која је обориве природе. Стога, Комисија је била мишљења да окривљеном није повређена претпоставка невиности. Иако, на први поглед, аргументација делује ни по чему специфична, овај предмет је значајан зато што у њему Комисија прави експлицитну разлику између убеђујућег и чињеничног терета доказивања.

Са становишта пребацивања терета доказивања значајан је и случај *J.P., K.R. and G.H. v Austria*⁶⁷⁴ који се тичао аустријског закона о моторним возилима, сходно коме је власник возила у обавези да обавести власти о томе које лице је управљало или паркирало његово возило, под претњом новчане казне. Уједно, законом је прописана претпоставка да је власник возила управљао возилом, уколико он одбије да пружи податке о идентитету лица које је управљало возилом. Ова претпоставка се користи и у кривичним поступцима. Комисија је била мишљења да је наведена претпоставка уобичајена у кривичном праву и да се њоме не крши претпоставка невиности, јер власник возила у сваком тренутку ту претпоставку може да обори навођењем лица које је управљало возилом, са или без његовог пристанка.

⁶⁷³ *Hardy v Ireland*, EComHR, Appl.no.23456/94, 29 June 1994

⁶⁷⁴ *J.P., K.R. and G.H. v Austria*, EComHR, Appl.nos.15135/89,15136/89,15137/89, 5 September 1989

Новија значајна одлука ЕСЈП у погледу пребацавања терета доказивања, која може да сугерише пут којим ће ЕСЈП даље да иде, је у случају *Janosevic v Sweden*.⁶⁷⁵ Велимир Јаношевић, шведски држављанин је поднео представку тврдећи да му је повређена претпоставка невиности у односу на одлуку пореског органа којим му је наметнута доплата пореза. Наиме, према шведском пореском закону, порески орган је овлашћен да наложи доплату пореза пореском обвезнику у ситуацији када процени да је порески обвезник своју пореску обавезу потценио, односно представио мањом него што она стварно јесте. Господин Јаношевић је добио налог од пореске управе за доплату пореза, али против њега је вођен и кривични поступак за пореску утају у ком поступку му је на терет стављен управо додати порез који му је претходно наметнут доплатом. Јаношевић је сматрао да је његова претпоставка невиности повређена из два разлога. Прво, што је постојала претпоставка кривице у односу на доплату пореза, а друго што је претпоставка из управног поступка, у ком поступку није имао ефективну могућност њеног оповргавања, коришћена касније у кривичном поступку.

Међутим, ЕСЈП је закључио да до повреде претпоставке невиности није дошло. ЕСЈП се руководио следећом аргументацијом.⁶⁷⁶Првенствено, ЕСЈП је навео да се руководио принципом сразмерности између права окривљеног и заштићеног добра – финансијских интереса државе у пореским стварима, будући да су порези основни извор прихода државе. Потом, ЕСЈП је признао да се окривљени суочио са претпоставком коју је било тешко оповргнути, али је потом ушао у образлагање свих процесних радњи које је окривљени предузео у управном поступку, утврђујући које све друге могућности су му стајале на располагању за оспоравање претпоставке, а које он није искористио. Оваква аргументација је бледо уверљива и делује као да се ЕСЈП у конкретном случају суштински руководио искључиво пропорционалношћу. Додуше, судија Casadevall издвојио је мишљење, наводећи да мора да постоји правичан баланс између финансијских интереса и права одбране, што је у овом случају изостало. Судија Casadevall је био мишљења да је Јаношевићу била повређена претпоставка невиности.

⁶⁷⁵ *Janosevic v Sweden*, ECtHR, Appl.no.36419/97, 21 May 2003

⁶⁷⁶ *Janosevic v Sweden*, ECtHR, Appl.no.36419/97, 21 May 2003 para 101-103

Истовремено са случајем Јаношевић, ЕСЉП је одлучивао у скоро идентичном предмету, такође против Шведске. Коначне одлуке у оба предмета су донете исти дан. Ради се о случају *Västberga Taxi AK Aktiebolag and Vulic v Sweden*.⁶⁷⁷ И у овом случају ЕСЉП је закључио да нема повреде претпоставке невиности и изнео је идентичну аргументацију. Судија Casadevall је и у овом случају био мишљења да је дошло до повреде претпоставке невиности и позвао се на претходно изнето мишљење у случају Јаношевић.

Ретки су случајеви у којима је ЕСЉП утврдио повреду претпоставке невиности услед пребацивања терета доказивања⁶⁷⁸. Најзначајнији случај у ком је ЕСЉП утврдио повреду претпоставке невиности пребацивањем терета доказивања је случај *Telfner v Austria*.⁶⁷⁹ У овом случају подносилац представке Томас Телфнер је тврдио да му је у кривичном поступку повређена претпоставка невиности. Кривични поступак против њега је био вођен због саобраћајне незгоде у којој је било повређено једно лице. Оштећени је идентификовао аутомобил и регистарски број, али није могао да идентификује возача. Полиција је пронашла аутомобил који је био регистрован на име мајке подносиоца представке испред куће у којој је он живео са својом породицом. Телфнер је негирао кривично дело и тврдио да није он управљао возилом. Његови мајка и сестра нису сведочиле јер су користиле правом привилегованог сведока, о ком праву су претходно поучене. Телфнер је осуђен за кривично дело, што је потврђено и у поступку по жалби. У осуђујућој пресуди суд се, између осталог, руководио закључком да је окривљени управо тај који је најчешће управљао аутомобилом, да нико није знао где се он налазио тај дан и да је био вероватно под дејством алкохола, за шта не постоје докази. ЕСЉП је закључио да претпоставка невиности значи, између осталог, да суд не сме да пође од предубеђења да је окривљени извршио кривично дело.

⁶⁷⁷ *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v Sweden*, ECtHR, Appl.no.36985/97, 21 May 2003, para 108-114

⁶⁷⁸ Овакав закључак изводи и D. Gomien, *Short Guide to the European Court on Human Rights*, 3rd edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005, pg 64.

⁶⁷⁹ *Telfner v Austria*, ECtHR, Appl.no.33501/96, 20 June 2001

Уједно, позивајући се на случај *Barberà, Messegué and Jabardo v Spain*⁶⁸⁰ ЕСЈП је још једном подсетио да је терет доказивања на јавном тужиоцу и да свака сумња треба да иде у корист окривљеног, а потом је закључио да увек постоји кршење претпоставке невиности када је терет доказивања пребачен са јавног тужиоца на окривљеног.⁶⁸¹

Идентичан став о томе да пребацивање терета доказивања води ка кршењу претпоставке невиности изнет је у нешто ранијој, такође веома значајној пресуди *John Murray v The United Kingdom*.⁶⁸² Суштински, ова пресуда се веже за право окривљеног на ћутање, али је значајна из разлога што у њој ЕСЈП изричито наводи да пребацивање терета доказивања са јавног тужиоца на окривљеног води ка угрожавању претпоставке невиности.⁶⁸³

2.5.4. Закључак о пракси ЕСЈП у погледу терета доказивања

Из свих наведених предмета, који представљају водеће предмете на пољу пребацивања терета одговорности, можемо да изведемо неколико закључака.

Првенствено, ЕСЈП има чврст став у погледу пребацивања убеђујућег терета доказивања (*Telfner v Austria, John Murray v The United Kingdom*) сматрајући га недозвољеним.

У односу на чињенични терет доказивања ЕСЈП је развио богату праксу. Међутим, не може се са сигурношћу рећи да је та пракса увек била једнозначна. Ипак, искристалисало се неколико правила. Прво, чињенично доказивање односи само на одређене, али не и на све или претежну већину елемената кривичног дела (*Lingens and Leitgeb v Austria*), јер би у том случају чињенични терет доказивања прерастао у убеђујући терет доказивања. Друго, пребацивањем чињеничног терета

⁶⁸⁰ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988, para 67-68, 77

⁶⁸¹ *Telfner v Austria*, ECtHR, Appl.no.33501/96, 20 March 2001, para 15

⁶⁸² *John Murray v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.18731/91, 8 February 1996

⁶⁸³ *John Murray v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.18731/91, 8 February 1996, para 54

доказивања на окривљеног не сме бити нарушен међусобни однос снага између тужилаштва и окривљеног (*Lingens and Leitgeb v Austria*). Треће, законска претпоставка, због које и долази до пребацивања терета доказивања, мора бити оборива (*X v The United Kingdom*), односно таква да може бити ефективно оборена, а не само на теоријском нивоу. Четврто, законске претпоставке не смеју бити израз арбитрности и не смеју бити неразумне (*H v The United Kingdom*). Пето, окривљени на располагању мора има ефективна средства за обарање законске претпоставке (*AG v Malta*). Шесто, законске претпоставке треба да буду ограничене разумним лимитима, који узимају у обзир заштићено добро и очување права на одбрану, а њихова примена не сме бити аутоматска (*Salabiaku v France*). Седмо, законске претпоставке треба да буду такве да не ограничавају истинску слободу оцене доказа од стране суда (*AG v Malta*).

Значајно је приметити да ЕСЉП ни у једном предмету није јасно формулисао листу услова за правилну примену пребацивања терета одговорности. Напротив, аргументација ЕСЉП у појединачним предметима је прилично разнородна. Некада делује као да ЕСЉП тражи разлоге за оправдање пребацивања терета одговорности и то се дешава нарочито у случајевима када је „у игри“ значајно заштићено добро, попут финансијских интереса државе. Стога, наведена листа, више представља листу свих значајнијих аргумената које је ЕСЉП износио, али, на жалост, не и листу услова за правилну примену пребацивања терета доказивања.

О сложености овог питања говори и чињеница да ни у теорији не постоји потпуни консензус у погледу листе услова за пребацивање терета доказивања. Након детаљне критичке анализе свих релевантних случаја ЕСЉП, Стјумер је мишљења да је пребацивање терета доказивања у пракси ЕСЉП теоријски увек могуће, изузев у случају два екстремна изузетка⁶⁸⁴. Прво, уколико је терет доказивања пренет на окривљеног пре него што је јавно тужилаштво суштински конституисало случај, у смислу *prima facie* одређивања радњи које се окривљеном стављају на терет, односно када окривљени заправо не зна од чега се брани.

⁶⁸⁴ A. Stumer, *op.cit.*, pg 102.

Друго, уколико се терет доказивања односи на оно за шта окривљени, разумно гледано, не може да обезбеди доказ, односно нема истинску могућност да претпоставку обори.

Са друге стране, Греј позивајући се на ставове Лорда Хоупа сугерише услове под којима би пребацивање терета доказивања било у складу са претпоставком невиности. Он сматра да је неопходно успостављање јасних критеријума у погледу три питања. Прво, шта и у којој мери тужилаштво треба претходно да докаже да би терет доказивања пребацило на окривљеног. Друго, да ли се терет доказивања односи на нешто што је у знању окривљеног или нешто што није у његовом знању или је тешко доказиво. Треће, каква санкција прети окривљеном.⁶⁸⁵

Свеобухватну анализу неопходних услова за правилну примену пребацивања терета доказивања, услед чега не би дошло до угрожавања претпоставке невиности дао је Ешворт.⁶⁸⁶ Он полази од четири критеријума. Прво, тежина кривичног дела. Друго, степен лакоће доказивања. Треће, да ли окривљени располаже релевантним чињеницама, односно да ли су му оне познате. Четврто, тест рационалне повезаности који подразумева постојање јасне везе између чињеница и претпостављеног закључка. Постоји и пети критеријум који је типичан за англосаксонско право и тиче се доказивања неурачуљивости.

Из анализираних пресуда ЕСЈП, као и из изнетих теоријских разматрања услова под којима би пребацивање терета доказивања било дозвољено, можемо да закључимо да не постоји јасна листа критеријума, ни у пракси, ни у теорији која би могла да одговори на ово питање. Листа критеријума није само од теоријског значаја, већ би имала и практичне консеквенце, како у односу на јачање правне сигурности, тако и у односу на једно друго значајно питање, а то је питање креирања лимита објективне одговорности у кривичном праву. Наиме, законске претпоставке отварају врата ка увођењу објективне одговорности у кривичном

⁶⁸⁵ A. Gray, *op.cit.*, pg 87

⁶⁸⁶ A. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 257-270. У домаћој литератури детаљан преглед Ешвортове идеје дат је у тексту Т. Бугарски, *op.cit.*, стр. 348.

праву. Стога, Стјумер категорички тврди да ЕСЈП не забрањује објективну кривичну одговорност,⁶⁸⁷ односно да ЕСЈП објективну кривичну одговорност не сматра супротном претпоставци невиности, све уколико су законске претпоставке које овакву одговорности конструишу, у складу са критеријумима успостављеним у односу на пребацивање терета одговорности.

2.6. СТАНДАРД ДОКАЗИВАЊА ИЗВАН РАЗУМНЕ СУМЊЕ И НАЧЕЛО *IN DUBIO PRO REO*

2.6.1. Стандард доказивања и претпоставка невиности

Сврха претпоставке невиности постиже се, поред правила о терету доказивања, и правилима о расподели ризика недоказаности, односно правилима о стандарду доказивања.⁶⁸⁸ Терет доказивања и стандард доказивања, па самим тим и ризик недостизања стандарда доказивања су нераздвојиве категорије и оне представљају самосталне категорије и „ауторитативне правне стандарде у погледу начина и резултата утврђивања правно релевантних чињеница“⁶⁸⁹ у кривичном поступку.

Док је питање терета доказивања, који лежи на јавном тужиоцу, неспорно у свим правним системима земаља чланица СЕ, питање стандарда доказивања у земљама чланицама у многеме се разликује.⁶⁹⁰ Наиме, земље чланице СЕ, верне континентално европском кривичном поступку, познају начело истине као стандард доказивања у кривичном поступку. Стандард изван разумне сумње, ипак, све више добија на значају, нарочито после његове „интернационализације“⁶⁹¹ увођењем у Римски статут МКС. Правни систем Републике Србије такође није остао имун на све јачи утицај адверзијалног кривичног поступка, што је

⁶⁸⁷ A. Stumer, *op.cit.*, pg 103

⁶⁸⁸ D. Крапас et al, *Kazneno procesno pravo – Prva knjiga: Institucije* (VII neizmjenjeno izdanje), Zagreb 2015, str. 420.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, str. 420.

⁶⁹⁰ W. Schabas, *op.cit.* (2015), pg 300.

⁶⁹¹ *Ibid.*, pg 300, као и члан 6б. тач.3. Римског статута

резултовало и брисањем начела истине и увођењем веома лимитираног начела истине⁶⁹² у „новом“ Законику о кривичном поступку.⁶⁹³

Теоријски гледано, разлике у стандарду доказивања почивају на различитостима два историјска типа кривичних поступака. Адверзијални кривични поступак почива на идеји да се истина досеже у „оштром судару доказа“⁶⁹⁴, при чему суд нема дужност да самостално за истином трага, већ закључак изводи на основу стандарда *изван разумне сумње*. Док, се према инквизиторном приступу истина досеже „самоходним судским трагањем под незнатним утицајем страначке иницијативе“⁶⁹⁵. На тлу Европе, у земљама чланицама СЕ, изузев земаља које припадају англосаксонском или адверзијалном поступку, већина земаља чланица припада континентално-европском кривично процесном систему, са јаким, али не искључивим инквизиторним елементима.

Стандард доказивања изван разумне сумње је неопходно разликовати од једног другог, мање строгог стандарда доказивања, насталог такође у енглеској правној традицији, а то је стандард баланса вероватноће – *balance of probabilities*. Док је стандард доказивања ван разумне сумње, као строжији стандард, предвиђен само за кривичне поступке, стандард баланса вероватноће је резервисан за грађанске поступке. Ипак, енглеска правна традиција прихвата један изузетак када је могућа употреба стандарда баланса вероватноће у кривичним поступцима, а то је у ситуацији када је на окривљеног пренет убеђујући терет доказивања у одређеном питању.⁶⁹⁶ У пракси хашких трибунала стандард баланса вероватноће је коришћен приликом доказивања чињеница које се односе на олакшавајуће и отежавајуће околности.

⁶⁹² М. Шкулић, *op.cit.*(2014), стр. 83.

⁶⁹³ Законик о кривичном поступку „Сл.гл. РС.бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019“

⁶⁹⁴ S. Landsman, *op.cit.*, pg 2.

⁶⁹⁵ M. Damaska, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press 1997, pg 107.

⁶⁹⁶ A. Stumer, *op.cit.*, pg 19.

Иако је ЕСЉП успоставио праксу „немешања у исход суђења националних судова, јер би га такво мешање трансформисало у суд четврте инстанце“⁶⁹⁷, што би било у супротности са начелом супсидијарности, ипак је неспорно да се ЕСЉП суочио са бројним ситуацијама у којима је морао да искаже свој став у погледу захтеваног стандарда доказивања, као елемента права на правично суђење. ЕСЉП се определио за стандард доказивања изван разумне сумње.

ЕСЉП је започео примену стандарда доказивања изван разумне сумње у случају *Ireland v The United Kingdom*⁶⁹⁸ дефинишући стандард као „коегзистенцију довољно јаких, јасних и сагласних закључака или сличних необоривих претпоставки чињеница“.⁶⁹⁹

Наведени стандард је касније изричито потврђен у бројним случајевима, као на пример у предмету *Adali v. Turkey*.⁷⁰⁰ Радило се о случају убиства познатог писца који је критиковао полицију и турску владу. Убијен је испред своје куће, а његова супруга је подносилац представке у којој је тврдила да је турска влада одговорна за смрт њеног супруга, чиме је повређено његово право на живот. ЕСЉП се позвао на доказни стандард изван разумне сумње и закључио да нема повреде права на живот, а све из разлога што чињенице, на које се подносилац представке позивао, нису ишле изван спекулације или претпоставки,⁷⁰¹ односно нису задовољиле стандард изван разумне сумње да је неко у име државе починио убиство.

У новијој пракси стандард доказивања изван разумне сумње, уз навођење претходно цитиране, већ традиционалне дефиниције, потврђен је у случају

⁶⁹⁷ L. G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights, Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pg 197. О томе да ЕСЉП није суд четвртог степена видети више у одлуци *Anderson v The United Kingdom*, EComHR, Appl.no.44958/98, 1 September 1993, 8

⁶⁹⁸ *Ireland v The United Kingdom*, EctHR, Appl.no.5310/71, 18 January 1978, para 161

⁶⁹⁹ О дефиницији стандарда више у: A. Mowbray, *Cases, Materials and Commentary On The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pg 52

⁷⁰⁰ *Adali v Turkey*, EctHR, Appl.no.38187/97, 31 March 2005, para 216

⁷⁰¹ *Adali v Turkey*, EctHR, Appl.no.38187/97, 31 March 2005, para 219

*Saidova v Russia*⁷⁰² у којој пресуди се ЕСЈП потрудио да ближе објасни шта то све није разумна сумња, па тако наводи да се под разумном сумњом не може подразумевати „сумња заснована само на теоријској могућности да се избегне немио закључак“.

Успостављени стандард ЕСЈП изван разумне сумње није прошао без критике. Неретко је критикован као недовољно јасан, а од стране појединих аутора је оцењен и као „арбитрерна и прекомерна судијска дискреција.“⁷⁰³

Иако дефиниција стандарда изван разумне сумње, како је дао ЕСЈП, делује помало језички компликовано, односно збуњујуће, неспорно је да се суштински ради о стандарду доказивања адверзијалног кривичног поступка у ком суд „нема надлежност да утврди истину“⁷⁰⁴, већ само да обезбеди правичан поступак у коме је терет доказивања на тужиоцу, а окривљени има право оспоравања навода тужиоца. Настао и развијен у окриљу енглеске правне традиције, овај стандард суштински представља признање да сумња у одлуку увек може да постоји, али да осуђујућа пресуда, као највиши степен извесности, може бити донета само уколико такве сумње нису у оквирима „разумних“ сумњи. Прецизније речено, нема осуђујуће пресуде уколико постоји разумна сумња, као „сумња заснована на разуму и стога подобна за образлагање“⁷⁰⁵.

2.6.2. *In dubio pro reo* и претпоставка невиности

Можемо да закључимо да стандард доказивања изван разумне сумње нуди јасан одговор какву одлуку суд треба да донесе у случају када су сви докази против окривљеног изван разумне сумње. Међутим, остаје питање – какву одлуку суд треба да донесе када остане у сумњи у погледу постојања одлучних доказних

⁷⁰² *Saidova v Russia*, ECtHR, Appl.no.51432/09, 9 December 2013, para 62

⁷⁰³ S. C. Grover, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2010, pg 125.

⁷⁰⁴ М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 17.

⁷⁰⁵ A. Stumer, *op.cit.*, pg 20.

чињеница. У том случају суд је дужан да примени начело *in dubio pro reo* или - у сумњи повољније за окривљеног.

Начело *in dubio pro reo* је у директној вези са начелима терета и стандарда доказивања и практично представља њихово наличје, односно одговор на питање шта ће се десити у случају недостизања доказног стандарда и ко тај ризик сноси. Директна повезаност начела *in dubio pro reo* са теретом и стандардом доказивања чини да ово начело представља корелат претпоставке невиности.⁷⁰⁶ Такође, ово начело је и у директној вези да начелом слободне оцене доказа. Ипак, начело *in dubio pro reo* има и свој засебан живот и примењује се и на друга питања која нису у директној вези са доношењем пресуде.⁷⁰⁷

Међу земљама чланицама СЕ не постоје велике разлике у разумевању начела *in dubio pro reo*, али како смо већ рекли, између њих постоје велике разлике у разумевању стандарда доказивања. Како су стандард доказивања и ризик његовог недостизања - *in dubio pro reo* у нераскидивој вези, неспорно је да начин разумевања стандарда доказивања утиче и на начин разумевања и примену начела *in dubio pro reo*.⁷⁰⁸ Тако, у земљама континентално-европског кривичног поступка начело *in dubio pro reo* биће примењено у случају недостизања истине као доказног стандарда, а у земљама адверзијалног кривичног поступка начело *in dubio pro reo* биће примењено у случају недостизања стандарда изван разумне сумње. Како се ЕСЈП јасно определио за стандард доказивања изван разумне сумње, неспорно је да је његов начин разумевања начела *in dubio pro reo* подређен овом стандарду, а не стандарду истине.

⁷⁰⁶ Ђорђе Лазин, „*In dubio pro reo*“ у *кривичном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 1985, стр. 96.

⁷⁰⁷ На пример, у нашем законодавству, начело *in dubio pro reo* се примењује на одређена питања правне квалификације кривичног дела, или код изрицање казне. О овом види више у: Т. Бугарски, *op.cit.*, стр. 346.

⁷⁰⁸ М. Шкулић, на пример, истиче да након промене стандарда доказивања у „новом“ ЗКП-у постоје извесне сумње да ли се на тај начин врши извесна релативизација начела *in dubio pro reo* које начело је претходно у српској науци кривичног процесног права било везано директно за нечало истине, види: М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 72.

Сходно оваквом разумевању начела *in dubio pro reo*, ЕСЈП сматра да и најмања сумња у вези са изведеним доказом мора ићи у прилог оптуженом.⁷⁰⁹ Будући да ЕСЈП није суд четврте инстанце, односно да није надлежан за утврђивање евентуалних судских грешака у оцени доказа и исходу поступка, није лако пронаћи предмете у којима је јасно изражен став ЕСЈП у погледу тога шта овај суд сматра разумном сумњом, односно када сматра да би било исправно применити принцип *in dubio pro reo*.

Најпознатији предмет у ком је ЕСЈП анализирао неопходан стандард доказивања и ризик његовог недостизања је *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*⁷¹⁰ Иако у овој пресуди ЕСЈП није утврдио повреду претпоставке невиности, образлагао је шта она значи, у смислу члана 6. став 2 ЕКЈП, па је тако навео: „терет доказивања је на јавном тужилаштву и свака сумња мора да иде у корист окривљеног“.⁷¹¹

У другом, скоријем, случају *Vilborg Irsa Sigurðardottir v Iceland*⁷¹² ЕСЈП, на жалост, није имао прилику да изрази јасан став о стандарду доказивања и ризику његовог недостизања, обзиром да је предмет брисан са листе, јер је окончан поравнањем. У овом случају, окривљени је осуђен од стране исландског суда, а у пресуди је наведено да из чињеница не произилази јасно да је „окривљени вероватније невин него крив“.⁷¹³ Трешел сматра да би став исландског суда у овом случају значио повреду начела *in dubio pro reo*, јер представља ситуацију у којој је „суд осудио окривљеног упркос дуготрајним сумњама у његову кривицу.“⁷¹⁴

⁷⁰⁹ В. Ђурђић, *op.cit.*, стр. 56., као и С. Кнежевић, *op.cit.*, стр. 85.

⁷¹⁰ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988

⁷¹¹ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988, para 77

⁷¹² *Vilborg Irsa Sigurðardottir v Iceland*, ECtHR, Appl.no.32451/96, 30 May 2000

⁷¹³ *Vilborg Irsa Sigurðardottir v Iceland*, ECtHR, Appl.no.32451/96, 30 May 2000, para 10

⁷¹⁴ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 174.

У случају *Vassilios Stavropoulos v Greece*⁷¹⁵ ЕСЉП је имао прилику да разматра да ли постоје квалитативне разлике између ослобађајуће пресуде, због недостатка доказа, и ослобађајуће пресуде, због примене начела *in dubio pro reo*. ЕСЉП је закључио да се у оба случаја ради о ослобађајућим пресудама и да између њих нема квалитативних разлика.⁷¹⁶

Са становишта питања примене начела *in dubio pro reo* нарочито су значајне одлуке ЕСЉП које се односе на континуирано стање сумње у односу на окривљене. Континуирано стање сумње је некомпатибилно начелу *in dubio pro reo*. Међутим, национални системи нису имуни на примену континуираног стања сумње, што произилази из оставштине инквизиторског поступка који је одлуком *absolutio ab instantia* - ослобађања од тужбе до прикупљања нових доказа, продужавао стање осумњичености окривљеног.⁷¹⁷ Питања континуираног стања сумње су се најчешће појављивала у случајевима који су се тicali различитих поступака компензације, у вези са окончаним кривичним поступцима.⁷¹⁸

У случају *Sekanina v Austria*⁷¹⁹ ЕСЉП је потврдио повреду претпоставке невиности у ситуацији када је аустријски суд одбио да Карлу Секанини, који је био ослобођен за убиство, на основу начела *in dubio pro reo*, исплати компензацију на име времена за које је био лишен слободе у притвору. Аустријски суд је констатовао да се правила компензације не примењују на подносиоца представке, јер та правила могу да се примене само када је ослобођено лице „чисто од сваке сумње“.⁷²⁰ ЕСЉП је сматрао да је претпоставка невиности окривљеног прекршена, јер „изражавање сумње у односу на невиност

⁷¹⁵ *Vassilios Stavropoulos v Greece*, Req.no.35522/04, 27 septembre 2007, para 39

⁷¹⁶ P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, New York, 2011, pg 296.

⁷¹⁷ С. Кнежевић, *op.cit.*, стр. 84

⁷¹⁸ A. F. Coral, “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)” – in J. G. Roca, P. Santolaya eds, *op.cit.*, pg 255.

⁷¹⁹ *Sekanina v Austria*, EctHR, Appl.no.13126/87, 25 August 1993

⁷²⁰ *Sekanina v Austria*, EctHR, Appl.no.13126/87, 25 August 1993, para 12

окривљеног је могуће само до мериторне одлуке, а након ослобађајуће пресуде није дозвољено⁷²¹

Са друге стране, у случају *Lutz v Germany*⁷²² ЕСЈП је закључио да „ниједна одредба члана 6. став 2. не даје окривљеном право на надокнаду за време проведено у притвору, уколико је поступак обустављен.“ Дакле, у ситуацији када је дошло до обуставе поступка, ЕСЈП је сматрао да окривљеном није гарантована надокнада за време проведено у притвору. Ова одлука је критикована као пропуштање прилике да ЕСЈП дефинише имплицитно право које произилази из права на претпоставку невиности,⁷²³ које би гарантовало отклањање континуираног стања сумње у односу на окривљеног.

Следећи случај, значајан са становишта континуираног стања сумње у односу на окривљеног, је и случај *Nölkenbockhoff v Germany*.⁷²⁴ Радило се наиме о случају у коме је подносилац представке удовица окривљеног, који је првостепеном пресудом био осуђен, али је уложио жалбу и току поступка пред апелационим судом је преминуо у притвору. Окривљени је био угледни привредник, а након његове смрти, удовица је од Немачке затражила накнаду штете, на име његовог боравка у притвору у дужем временском периоду. Тај захтев је одбијен од стране немачких судова, између осталог, уз образложење да би окривљени сигурно био осуђен да није преминуо и да то произилази из чињенице да је већ био осуђен у првостепеном поступку који је трајао преко три године и да нема разлога за сумњу да ће у поступку пред апелационим судом бити ослобођен.⁷²⁵ ЕСЈП је сматрао да до повреде претпоставке невиности није дошло, јер ниједна одредба ЕКЈП, у случају када је дошло до прекида поступка не даје право на компензацију окривљеним лицима због боравка у притвору, уколико је

⁷²¹ *Sekanina v Austria*, ECtHR, Appl.no.13126/87, 25 August 1993, para 30

⁷²² *Lutz v Germany*, ECtHR, Appl.no.9912/82, 25 August 1987, para 59

⁷²³ R. Goss, *op.cit.*, pg 104.

⁷²⁴ *Nölkenbockhoff v Germany*, ECtHR, Appl.no.10300/83, 25 August 1987

⁷²⁵ *Nölkenbokchoff v Germany*, ECtHR, Appl.no.10300/83, 25 August 1987, para 18

притвор био законит.⁷²⁶ Међутим, судија Кремона је имао другачије мишљење, иако сагласан са ставом да право на компензацију за притвор није гарантовано. Он је био мишљења да образложење које је дао немачки суд о томе да би окривљени свакако био правноснажно осуђен представља кршење претпоставке невиности.⁷²⁷

2.6.3. Закључак о пракси ЕСЈП у погледу стандарда доказивања и *in dubio pro reo*

Из изнетог прегледа најзначајнијих предмета, који се тичу стандарда доказивања и примене начела *in dubio pro reo*, можемо да закључимо да ЕСЈП прихвата стандард доказивања изван разумне сумње, без обзира на чињеницу што је један број земаља чланица доследан континентално европској правној традицији, са истином као стандардом доказивања.⁷²⁸

ЕСЈП је, у погледу стандарда доказивања, доследан примењујући исту дефиницију појма изван разумне сумње успостављену у случају *Ireland v The United Kingdom* из 1978. године.

У односу на примену начела *in dubio pro reo*, ЕСЈП је прихватио примену овог начела и то као елемента претпоставке невиности о чему се децидно изјаснио у предмету *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*. Међутим, како ЕСЈП није суд четврте инстанце, не постоји много предмета у којима се бавио овим питањем, а још мање предмета у којима је утврђена повреда принципа *in dubio pro reo*. Односно, боље речено, због недостатка надлежности у погледу „мешања“ у исход поступака пред националним судовима, ЕСЈП се уздржавао да анализира евентуалну повреду начела *in dubio pro reo*.

⁷²⁶ *Nölkenbokchoff v Germany*, ECtHR, Appl.no.10300/83, 25 August 1987, para 36

⁷²⁷ *Nölkenbokchoff v Germany*, ECtHR, Appl.no.10300/83, 25 August 1987, Dissenting opinion of judge Cremona, para 3

⁷²⁸ На пример: Закон о кривичном поступку Савезне републике Немачке, члан 244. ст.2. који прописује да „У циљу утврђивања истине суд треба по службеној дужности повести доказни поступак за све чињенице и докeze који су битни за доношење одлуке“

Док се за питање стандарда доказивања и ризика недостизања стандарда доказивања може рећи да је пракса ЕСЉП прилично доследна, такво нешто се не би могло рећи за праксу која је креирана по питању континуираног стања сумње. Континуирано стање сумње се, као облик негације начела *in dubio pro reo*, у пракси ЕСЉП „њихало од једног екстрема ка другом“, ⁷²⁹односно од *Sekanina v Austria* до *Nölkenbockhoff v Germany*.

2.7. ПРИВИЛЕГИЈА ПРОТИВ САМОИНКРИМИНАЦИЈЕ И ПРАВО ОКРИВЉЕНОГ НА ОДБРАНУ ЋУТАЊЕМ

2.7.1. Појам привилегије против самоинкриминације и права на ћутање и њихов међусобни однос

Првенствено је потребно поставити питање међусобног односа два процесна права – привилегије против самоинкриминације и права окривљеног на одбрану ћутањем.

Иако се ради о два слична права, није могуће подвући знак једнакости међу њима. Наиме, док је право на одбрану ћутањем резервисано само за окривљеног, привилегија против самоинкриминације припада, како окривљеном, тако и сведоцима, који немају обавезу да дају исказ којим би себе теретили. Са друге стране, гледано само из угла права окривљеног, привилегија против самоинкриминације обухвата и право окривљеног да се брани ћутањем, у смислу права да се вербално не изражава о оптужби којом се терети, али и право да не доставља друге доказе против себе, нити да предузима друге радње (које нису вербалног типа), а којима би теретио себе. Стога је исправан закључак да је „право на одбрану ћутањем елемент привилегије против самооптуживања“⁷³⁰

⁷²⁹ А. Fanego Coral, “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)” – in: J. G. Roca, P. Santolaya (eds), *op.cit.*, pg 263.

⁷³⁰ В. Бајовић, „Право на одбрану ћутањем“, *Правни живот* број 10/2008, 5-30, стр. 5.

У члану 14. став 3. тачка г. Међународни пакт о грађанским и политичким правима прописује да свако ко је оптужен за кривично дело има право да не буде приморан да сведочи против самога себе или да призна кривицу. Америчка конвенција о људским правима у члану 8. став 2. тачка г. прописује исто право. Римски статут МКС у члану 67. став 1. тачка г. прописује да се „окривљени не сме присиљавати да износи своју одбрану, нити се сме присиљавати у смислу изјашњења о кривици, а може се бранити и ћутањем. Ћутање окривљеног неће се сматрати као његово прећутно изјашњавање о кривици или невиности.“ Ово право је потврђено и у приручнику Amnesty International и то као забрана властима да примењују силу, директну или индиректну, физичку или психичку, нити санкције могу да буду постављене тако да присиле окривљеног да да исказ или признање.⁷³¹ Интересантно је да је захваљујући популарној култури, која се проширила путем холивудске продукције филмова, Миранда упозорење⁷³² окривљеном да има право да се „брани ћутањем“, постало, међу лаицима, једно од најпрепознатљивијих процесних права кривичног поступка.

ЕКЉП не признаје експлицитно право окривљеног да не сведочи и не призна кривицу, али га пракса ЕСЉП изводи као имплицитно право и то као привилегију против самоинкриминације и право на ћутање, које ЕСЉП препознаје као елементе претпоставке невиности из члана 6. став 2. ЕКЉП.

Да бисмо разумели правну природу овог људског права, потребно је да се вратимо корак уназад и установимо значај исказа окривљеног у кривичном поступку. Исказ окривљеног представља „извор сазнања о чињеницама које се утврђују (доказно средство), али и начин реализације одбране“.⁷³³ Стога, можемо рећи да исказ окривљеног има двоструки значај. Први са становишта доказивања,

⁷³¹ AMNESTY INTERNATIONAL FAIR TRIALS MANUAL, Amnesty International Publications 1998, 105-108, доступно на <https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/pol300021998en.pdf>

⁷³² Миранда упозорење почело је да се примењује након одлуке Врховног суда у случају *Miranda v Arizona* из 1966 којом је утврђено да су окривљеном Ernesto Arturo Miranda повређена права гарантована Петим и Шестим амандманом на Устав САД. О случају Миранда видети више у: Ј. Ћирић, „Случај Миранда и његове репрекусије на казнену реакцију данас“, *Наука, Безбедност, Полиција*, година 11, број 3, 2006, 17-37

⁷³³ С. Кнежевић, *op.cit.*, стр. 93.

а други са становишта интереса одбране. Следствено, а имајући у виду терет доказивања, који лежи на јавном тужилаштву, као и претпоставку невиности, од окривљеног се не може очекивати да учествује у доказивању своје кривице, стога је „ћутање окривљеног легитимни вид остваривања одбране“, ⁷³⁴ или како би Шабаз рекао „привилегија против самоинкриминације је у директној вези са теретом доказивања, из ког правила произилази да окривљени не треба да доприноси достизању прага доказног стандарда“. ⁷³⁵

Историјски посматрано, право окривљеног да не сведочи против себе и да не призна кривицу произилази из јудаизма, односно Свете књиге Талмуд која је поред религијског учења садржала и законске норме. ⁷³⁶ Данас, у теорији нема спорења да су наведена права људска права и неспорно је да сваки правни систем мора да их поштује, јер представљају „практични и симболички изражај претпоставке невиности“ ⁷³⁷ Међутим, није увек било тако. Цереми Бентам је сматрао да од права окривљеног да не сведочи против себе и права да не призна кривицу „невиност нема никакве користи, јер невиност позива на говор, а кривица позива на привилегију ћутања.“ ⁷³⁸

Историја кривичног процесног права познаје различите начине добијања исказа и оцене исказа окривљеног. Поједини аутори праве разлику између акузаторског система, у ком исказ окривљеног има квалитет доказа само ако је дат на иницијативу окривљеног, и инквизиторског система, који омогућава добијање исказа уз примену тортуре. ⁷³⁹ Ипак, неспорно је да, у савременим правним системима, право окривљеног да не сведочи и не призна кривицу јесте у директној вези са забраном мучења, нечовечног или понижавајућег поступања

⁷³⁴ С. Кнежевић, *op.cit.*, стр. 94.

⁷³⁵ W. Schabas, *op.cit.*(2015), pg 300

⁷³⁶ О повесном развоју претпоставке невиности видети више у: Н. Quirk, *The Rise and Fall of the Right of Silence*, Routledge, New York, 2017, pg 11-15.

⁷³⁷ *Ibid.*, pg, 1

⁷³⁸ Jeremy Bentham, “Rationale of Judicial Evidence” ed, J.S. Mill, London 1812, pg 250, цитирано према J. D. Jackson and S. J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence, Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, New York, 2012, pg 242.

⁷³⁹ С. Кнежевић, *op.cit.*, стр. 93.

или кажњавања. Стога, начин на који нека држава регулише питање самоинкриминације, најбоље показује положај окривљеног у том систему.

Можемо да поставимо питање да ли постоји и каква је разлика између права окривљеног да не сведочи, односно да се „брани ћутањем“ и привилегије против самоинкриминације. Иако на први поглед делује да се ради о лицу и наличју истог права, ствари не стоје баш тако једноставно. Исправно Билинг истиче да ова два права имају одвојене сфере деловања и једну сферу у којој се преклапају.⁷⁴⁰ Право окривљеног да не сведочи подразумева да окривљени има право да не даје никакве изјаве, као и право да не даје изјаве којима се инкриминише. Са друге стране привилегија против самоинкриминације даје право окривљеном да не даје изјаве којима се инкриминише, али и да не даје било какве информације које могу представљати другачију форму самооптуживања. Дакле, сфера преклапања ова два права је право окривљеног да не даје изјаве којима се инкриминише, али свако од ова два права има и самостално поље примене.

2.7.2. Креирање привилегије против самоинкриминације у пракси ЕСЈП.

Како ово право није експлицитно прописано у ЕКЈП, оно је настало у пракси ЕСЈП и то под окриљем интерпретативне технике имплицитних права.⁷⁴¹ Тумачено је као део права на правично суђење, прецизније као елемент претпоставке невиности.

Привилегија против самоинкриминације је дефинисана, као имплицитно право, у одлуци *Saunders v The United Kingdom*.⁷⁴² У овом случају подносилац представке је био Ернест Саундерс - директор предузећа *Guinness*. Наиме, полиција је сумњала да је ова компанија предузела незакониту трговину акцијама у поступку преузимања друге дестилеријске компаније. У току истраге, сходно

⁷⁴⁰ F. M.W. Biling, *The Right to silence in transnational criminal proceedings*, Comparative Law Perspectives, Springer, 2016, pg 9.

⁷⁴¹ R. Goss, *op.cit.*, pg 103.

⁷⁴² *Saunders v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.19187/91, 17 December 1996,

важећем закону, Саундерс је био под законском обавезом достављања доказа инспекторима, као и одговарања на њихова питања, под претњом санкцијом. У току истраге, под законском обавезом, он је признао да су му биле познате извесне информације. Касније, прибављени доказни материјал из истраге коришћен је у поступку против њега за кривично дело проневере, за које кривично дело је и осуђен.

ЕСЈП у пресуди *Saunders v The United Kingdom*⁷⁴³ подсећа да, иако није посебно поменуто у тексту ЕКЈП, право на ћутање и право окривљеног да себе не инкриминише, представљају опште признате међународне стандарде који се налазе „у срцу појма правичног поступка“. Њихово објашњење лежи у потреби заштите оптуженог од присиле власти, чиме се доприноси правичном суђењу. Право окривљеног да себе не инкриминише уједно значи да тужилаштво, у кривичном случају, не сме да покушава прибављање доказа методом принуде, у супротности с вољом оптуженог. ЕСЈП закључује да је ово право уско повезано са претпоставком невиности садржаном у члану 6. ст. 2 ЕКЈП.

Значај ове пресуде је у томе што је у њој изричито потврђено да је право против самоинкриминације, право које се тумачи у оквиру права на правично суђење. Интересантно је да пресуда *Saunders* није била прва пресуда која се тичала овог права. Она је уследила након неколико, такође значајних, пресуда у којима је ЕСЈП започео обресе креирања оквира примене овог права. Или, како Ешворт каже: „привилегија против самоинкриминације је неочекивано и дрхтећи ушла у европско право људских права“.⁷⁴⁴

Најпознатији предмет у области заштите од самоинкриминације ЕСЈП је један ранији предмет *Funke v France*.⁷⁴⁵ У овом предмету радило се о ситуацији да су царински службеници претресали дом подносиоца представке Жан Густав Функеа са налогом за претрес због сумње на пореску утају. Том приликом нису

⁷⁴³ *Saunders v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.19187/91, 17 December 1996, para 68

⁷⁴⁴ A. Ashworth, “Self – Incrimination in European Human Rights Law - a pregnant pragmatism?“, *Cardozo Law Review*, 2008, volume 30, issue 3, 751-774, pg 752.

⁷⁴⁵ *Funke v France*, ECtHR, Appl.no.10828/84, 25 February 1993

пронашли доказе о пореској утаји, али су пронашли доказе о постојању страних банкарских рачуна и затражили су од Функеа да достави доказе о законитости тих рачуна, под претњом казне. Он је то одбио и био је новчано кажњен. Подносећи представку ЕСЈП, Функе је тврдио да је био примораван да достави доказе који би га могли инкриминисати. ЕСЈП се сусрео са необичним задатком, јер право против самоинкриминације није било изричито прописано ЕКЈП. Ипак, ЕСЈП је закључио да је дошло до повреде права на правично суђење. Суд је утврдио да су државни органи покушали да присиле подносиоца представке да достави доказе против себе, које доказе они сами нису могли или нису били спремни да прибаве, као и то да посебни царински интереси не могу да оправдају кршење права окривљеног да се брани ћутањем и да не доприноси самоинкриминацији.⁷⁴⁶ Одлука је била критикована, али пре свега због њене штурости, односно због тога што је суд пропустио да каже нешто детаљније о пореклу и смислу привилегије против самоинкриминације, као и о обиму његове примене.⁷⁴⁷

Занимљиво је приметити да је ЕСЈП у случају *Funke* утврдио повреду права на правично суђење, а не и повреду претпоставке невиности. Касније, у одлуци *Saunders* ЕСЈП је исправио претходни став, односно прецизније одредио повреду привилегије против самоинкриминације, као повреду претпоставке невиности.

2.7.3. Креирање права на ћутање, односно права окривљеног да не сведочи у пракси ЕСЈП.

Питање права окривљеног да не сведочи, односно да се брани ћутањем и питање могућих импликација такве одбране, пред ЕСЈП се појавило у случају *John Murray v The United Kingdom*.⁷⁴⁸ Подносилац представке је био ухапшен на

⁷⁴⁶ *Funke v France*, ECtHR, Appl.no.10828/84, 25 February 1993, para 44

⁷⁴⁷ О критикама видети више у: А. Ashworth, *op.cit.* (2008), pg 753; В. Emmerson et. al, *op.cit.*, pg 615, као и А. S. Butler, "Funke v France and the right against self incrimination: a critical analysis", *Criminal Law Forum*, 2000, volume 11, 461-505.

⁷⁴⁸ *John Murray v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.18731/91, 8 February 1996

основу закона о спречавању тероризма и осумњичен да је био припадник IRA, а потом и осуђен, а у току поступка се бранио ћутањем. Велико веће, које је одлучивало у овом случају, се позвало на ранији случај *Funke* и навело да су право на ћутање и привилегија против самоинкриминације у полицијском испитивању опште прихваћени међународни стандарди, те иако нису посебно поменути у члану 6., они леже у срцу самог правичног суђења.⁷⁴⁹

Ипак, у односу на питање правних импликација које могу да произађу из ћутања окривљеног, ЕСЉП посебно наглашава да право на ћутање није апсолутно право, односно да је могуће да постоје ситуације у којима би национални суд легитимно могао да изведе закључке из ћутања окривљеног. ЕСЉП објашњава да ће се то десити у ситуацији када су докази представљени од тужилаштва толико снажни да представљају очигледан „позив за објашњење“.⁷⁵⁰

Право на ћутање даље је разрађено у предмету *Condron and Condron v The United Kingdom*.⁷⁵¹ Подносиоци предатке су тврдили да им је повређена претпоставка невиности тако што је порота извела штетне закључке из чињенице да су се у једној фази поступка, по савету браниоца, бранили ћутањем. ЕСЉП се прво позвао на закључке из предмета *John Murray v The United Kingdom* о томе да право на ћутање лежи у самом срцу правилног суђења, али да није апсолутно право. Потом је закључио да је лондонски суд повредио право на правично суђење, јер иако је порота та која треба да изведе закључак о доказима, па и о ћутању окривљеног, она то може правилно да учини само уколико је претходно правилно поучена о начину извођења закључака у случају ћутања окривљеног и праву окривљеног да се брани ћутањем.⁷⁵²

Из перспективе континентално европског правног система, који не познаје овај тип пороте у суђењу, захтев ЕСЉП делује логично, али исувише компликовано за правне лаике који углавном седе у пороти. Делује скоро

⁷⁴⁹ *John Murray v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.18731/91, 8 February 1996, para 45

⁷⁵⁰ *John Murray v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.18731/91, 8 February 1996, para 97

⁷⁵¹ *Condron and Condron v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.35718/97, 2 August 2000

⁷⁵² *Condron and Condron v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.35718/97, 2 August 2000, para 66

немогуће да правни лаик може да разуме суштину права окривљеног да се брани ћутањем, а још мање да разуме у којим ситуацијама је то право апсолутно, а када није, односно када „позива на објашњење“. У каснијем случају *Beckles v The United Kingdom*⁷⁵³ ЕСЈП је још једном потврдио став у вези са обавезом суда да правилно поучи пороту о праву окривљеног да се брани ћутањем, наводећи да по овом питању порота не може да има дискрециона овлашћења.

Када смо разјаснили правну природу права на ћутање, за тренутак ћемо се осврнути на главне типове начина кршења овог права. У суштини, право окривљеног да не сведочи је израз воље окривљеног, односно израз његове воље о пасивном начину учествовања у поступку.

Први облик кршења овог права је онај облик који почива на физичкој принуди. О овом облику се ЕСЈП изјашњавао у пресуди *Jalloh v Germany*.⁷⁵⁴ У овом случају подносилац представке Баках Јалох био је ухапшен под сумњом да врши продају кокаина, тако што кокаин држи у малим пластичним пакетима у устима, тзв. балончићима. С обзиром на такву сумњу, полицијски службеници су га одвали код лекара где је од њега затражено да попије средство за повраћање, што је он одбио, па га је лекар ставио под дејство морфина ради умирења, а потом је употребио сонду, уз помоћ које је, преко носа, у једњак и желудац убризгао средство које изазива повраћање. Окривљени је повратио и избацио један балончић са садржајем кокаина. Након овог захвата окривљени је патио од иритације делова пробавног тракта, мада није утврђена узрочно последична веза између описане интервенције и здравствених тегоба. ЕСЈП је закључио да у конкретном случају право окривљеног повређено, а приликом разматрања повреде права окривљеног да себе не инкриминише, дао је листу четири фактора које национални судови треба да узимају у обзир:⁷⁵⁵ прво- природу и степен присиљавања који се користи за прибављање доказа; друго - тежину јавног интереса у истрази и кажњавању предметног кривичног дела; треће - постојање

⁷⁵³ *Beckles v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.44652/98, 8 January 2003, para 65

⁷⁵⁴ *Jalloh v Germany*, ECtHR, Appl.no.54810/00, 11 July 2006

⁷⁵⁵ *Jalloh v Germany*, ECtHR, Appl.no.54810/00, 11 July 2006, para 117

било каквих релевантних заштитних мера у поступку; четврто – начин на који се користи прибављени материјал у поступку.

Други облик почива на психолошкој принуди. О овом облику принуде ЕСЉП се изјашњавао у предмету *Gäfgen v. Germany*.⁷⁵⁶ Радило се о случају убиства. Подносилац представке Магнус Гефген је извршио убиство једнанаестогодишњег дечака гушењем и сакрио је тело, а потом је јавио његовим родитељима да је дечак киднапован и да за њега тражио откуп од милион евра. У међувремену је тело дечака сакрио. Родитељи су откуп платили и он је подигао новац, након чега је ухапшен и притворен. Полиција је била у уверењу да је дечак жив, а како окривљени није хтео да ода место где се дечак налази, полиција је прибегла психолошкој принуди. Наиме, запретили су да ће га пребити и да ће га ставити у хелију са два „црнца који ће га силовати“, након чега је окривљени дао признање. ЕСЉП је закључио да је у односу на подносиоца представке прекршен члан 3. ЕКЉП – забрана мучења, али да није дошло до кршења права на правично суђење, јер принуда која је коришћена у односу на окривљеног није имала за циљ доказивање кривице, већ спашавање жртве, а признање дато под претњом мучења је касније искључено из доказа.⁷⁵⁷

Трећи облик повреде права на ћутање има два облика. Први представља ситуацију у којој је окривљеном законом наметнута обавеза сведочења. О овом облику је било речи нешто раније код пресуде *Saunders*. Други облик се односи на једну специфичну ситуацију када је на окривљеног неправилно пренет терет доказивања, мимо правила о пребацивању терета о којима је раније било речи. Овај други облик повреде права на ћутање би постојао у ситуацијама када се од окривљеног тражи да докаже своју невиност, односно када се на њега пребације убеђујући терет доказивања.

Четврти облик повреде права на ћутање настаје у ситуацији када се, помоћу преваре, користе технике прикривене, односно тајне истраге. У односу на

⁷⁵⁶ *Gäfgen v. Germany*, ECtHR, Appl.no.22978/05, 1 June 2010

⁷⁵⁷ *Gäfgen v. Germany*, ECtHR, Appl.no.22978/05, 1 June 2010, para 178-180

овај тип кршења права интересантан је случај *Allan v. The United Kingdom*.⁷⁵⁸ У овом случају, полиција је у циљу откривања извршиоца једног другог кривичног дела, притворенику у ћелију увела прикривеног иследника који се инфилтрирао као цимер затвореник. ЕСЉП је потврдио повреду права на правично суђење и закључио да, иако су право на ћутање и привилегија против самоинкриминације, првенствено дизајнирани да заштите од прибављања доказа применом силе противно вољи окривљеног, ту се њихово дејство не ограничава. Ова права се активирају кад год је воља окривљеног, на неки начин, директно прекорачена. Слобода воље окривљеног је ефективно поткопана у случају када је он изабрао да ћути током саслушања, а власти ово право „изврдавају“ другим методама ради постизања циља који редовним путем нису били у могућности да постигну.⁷⁵⁹

2.7.4. Цртање граница – на које поступке се привилегија против самоинкриминације примењује, а на које не.

Неспорно је да се привилегија против самоинкриминације односи на кривичне поступке, у смислу аутономног појма кривичне оптужбе. Ипак, ЕСЉП је био пред изазовом одлучивања о привилегији против самоинкриминације у управним поступцима. Ово је било нарочито важно у ситуацији када се докази из управних поступака могу касније употребити у кривичном поступку.⁷⁶⁰

Неспорно је да се почетак примене привилегије против самоинкриминације веже за почетак примене права на правично суђење у кривичним поступцима. Случај који је интересантан са становишта почетка примене привилегије против самоинкриминације је случај *Aleksandr Zaichenko v. Russia*.⁷⁶¹ Подносилац представке је возач у једном предузећу у ком је постојао проблем са истакањем дизела из камиона од стране радника, који дизел су они користили за приватне

⁷⁵⁸ *Allan v. the United Kingdom*, 48539/99, 5 November 2002

⁷⁵⁹ *Allan v. the United Kingdom*, 48539/99, 5 November 2002, para 50

⁷⁶⁰ Види предмете: *IJL, GMR and AKP v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.nos.29522/95, 30056/96 and 30574/96, 19 September 2000, као и *Shannon v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.6563/03, 4 October 2005

⁷⁶¹ *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, ECtHR, Appl.no.39660/02, 18 February 2010

сврхе. Директор предузећа је стога позвао надлежну инспекцију која је зауставила подносиоца представке на путу и у камиону пронашла неколико канистера дизела. Подносилац представке је инспекторима признао да је то дизел источен из камиона. Касније, током поступка то је негирао и доказивао да је дизел купио од свог новца, а да је признање дао зато што је био уплашен наступом инспектора. Признање које је дао инспекторима коришћено је у поступку као доказ тужилаштва против окривљеног. ЕСЉП је утврдио да је окривљеном прекршена привилегија против самоинкриминације зато што је против њега коришћена његова изјава, а да он претходно није био поучен о својим правима.⁷⁶²

Међутим, примена принуде у кривичним поступцима, није увек у супротности са привилегијом против самоинкриминације. ЕСЉП је у погледу овог става прилично јасан. Наиме, у предмету *Saunders v The United Kingdom*⁷⁶³ ЕСЉП је утврдио да се привилегија против самоинкриминације суштински тиче воље окривљеног, али не односи се и на материјале који се могу добити од окривљеног употребом овлашћења и која постоје независно од воље окривљеног, као што су, између осталог, документи стечени у складу са узорком, уздахом, крвљу и урином и телесним ткивом ради тестирања ДНК. Овај став је касније потврђен и у другим предметима, на пример случају *JB v Switzerland*.⁷⁶⁴

ЕСЉП је у неколико каснијих пресуда исцртао нешто уже границе примене привилегије против самоинкриминације. Тако, у случају *O'Halloran and Francis v The United Kingdom*⁷⁶⁵ Велико веће се изјашњавало о примени привилегије против самоинкриминације и права на ћутање у односу на прекршаје, када они потпадају под аутономни појам кривичне оптужбе. Пресуда је значајна зато што је у њој Велико веће успоставило разлику у степену заштите од самооптуживања између „тежих“ и „лакших“ кривичних оптужби. Наиме, оба подносиоца представки су власници аутомобила евидентираних за прекорачење брзине на камери која мери

⁷⁶² *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, ECtHR, Appl.no.39660/02, 18 February 2010, para 52-59

⁷⁶³ *Saunders v The United Kingdom*, Appl.no.19187/91, 17 December 1996, para 69

⁷⁶⁴ *JB v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.31827/96, 3 May 2001, para 68

⁷⁶⁵ *O'Halloran and Francis v The United Kingdom*, Appl.nos.15809/02 and 25624/02, 29 June 2007, para 53-63

брзину возила. У складу са законом, од њих је затражено да, као власници возила, открију идентитет лица које је том приликом управљало возилом, под претњом санкције. О’Halloran је потврдио да је он управљао возилом, а Francis је одбио да пружи информације. Обојица су сматрала да им је прекршено право на ћутање и привилегија против самоинкриминације. ЕСЈП је навео да право на правично суђење није ствар једног јединственог правила, него околности конкретног случаја,⁷⁶⁶ чиме је отворио врата за релативизацију права на правично суђење. Даље, ЕСЈП је дао листу разлога због којих је сматрао да је конкретан случај специфичан, наводећи да је: природа принуде била ниског интензитета, да је принуда саставни део регулаторне шеме на коју су прећутно пристали власници возила; да се ради о једноставној и ограниченој чињеници; да је циљ овакве обавезе у националном законодавству заштита дужне пажње, као стандарда на који су возачи обавезани. На први поглед, овакав став ЕСЈП делује претеће по примену привилегије против самоинкриминације, посебно након констатације суда која иде у прилог релативизације права на правично суђење. Исти ефекат ЕСЈП је могао да постигне користећи већ испробан аргумент да су докази били таквог квалитета да су „позивали на објашњење.“⁷⁶⁷ Такође, ЕСЈП је могао и да „ризикује“ и утврди да је дошло до повреде права окривљених, чиме би навео земље чланице да преиспитају своја законодавства и овакве врсте превентивног деловања изместе из области кривичног права у област грађанског права, под институт одговорности за опасну ствар. Очигледно је да је прилика пропуштена, а како национална законодавства показују инвентивност на пољу превентивног деловања кривичног права, видећемо пред какве ће будуће изазове ЕСЈП бити стављен.

⁷⁶⁶ *O’Halloran and Francis v The United Kingdom*, Appl.nos.15809/02 and 25624/02, 29 June 2007, para 53

⁷⁶⁷ *Funke v France*, ECtHR, Appl.no.10828/84, 25 February 1993, para 97

2.7.5. Закључак о пракси ЕСЈП у погледу привилегије против самоинкриминације и права окривљеног на ћутање

Из праксе ЕСЈП можемо да закључимо да су се право окривљеног да не сведочи и привилегија против самоинкриминације развили као имплицитна права и то релативно касно (*Funke v France* је случај из 1993. године). Након што је постојање ових права признато, поставило се питање где их сместити у оквиру експлицитно прописаних права на правично суђење из члана 6. Иако су иницијално признати као део претпоставке невиности (*Saunders v The United Kingdom* из 1996. године), ЕСЈП је остао недоследан овом ставу, тако да је био склонији да их, изричито или прећутно, подведе под став 1. члана 6., односно под општи појам права на правично суђење (*Funke v France, Aleksandr Zaichenko v. Russia*).

Признавање наведених права у почетку је добило на замаху, нарочито после пресуде *Saunders v The United Kingdom*, међутим, то није дуго потрајало, јер се ЕСЈП нашао пред све већим изазовима. У каснијим пресудама показао је склоност ка повлачењу нешто ужих граница примене ових права, у односу на оне границе које су првобитно постављене. Наиме, ограничио је примену наведених права јавним интересом (*Jalloh v Germany*) или поделом на „тежа“ и „лакша“ кривична дела (*O'Hallorion and Francis v The United Kingdom*), што је довело до осећаја неизвесности у погледу начина примене ових права.⁷⁶⁸

Имајући у виду прагматичне тенденције у односу на примену привилегије против самоинкриминације, према којима је ЕСЈП показао тенденцију, као и чињеницу да још увек нису јасне све границе примене овог права, можемо се сложити са Ешвортовом констатацијом да је привилегија против самоинкриминације у пракси ЕСЈП заправо „трудни прагматизам“.⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ Основне тезе критике одлука ЕСЈП у предметима *Jalloh v Germany* и *O'Hallorion and Francis v The United Kingdom* изнете су у раду. О критикама видети више у: J. Jackson, „Re-conceptualizing the right of silence as an effective fair trial standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, October 2009, vol 58, 835–861, 836., као и A. Ashworth, *op.cit.* (2008), pg 760-767.

⁷⁶⁹ Сликовити израз „трудни прагматизам“ Ешворт користи у наслову текста A. Ashworth, *op.cit.* (2008).

2.8. НЕПРИСТРАСНОСТ СУДИЈА И ТУЖИЛАЦА

Претходно изнете теме о појму претпоставке невиности у ужем смислу, терету и стандарду доказивања и привилегији против самоникриминације дале су одговор на прво питање – ко се има сматрати невиним, како, у односу на шта и до када?

Даља поглавља која се тичу непристрасности, изјава званичника, репутације окривљеног, као и поступања медија дају одговор на друго питање – ко има обавезу да окривљеног сматра невиним и на који начин⁷⁷⁰?

Док је у првој групи питања фокус на окривљеном, правилима поступка и тексту прописаних правила, у другој групи питања фокус је померен више на поступање званичника, вредности поступка и контекст прописаних правила. Стога, одговор на другу групу питања заправо показује у којој мери су они који имају обавезу поштовања претпоставке невиности усвојили ову претпоставку, као своју личну и професионалну вредност. Такође, како су изјаве званичника „производ“ поступка који се одашиље у јавност, од начина на који је претпоставка невиности у тим изјавама артикулисана, зависи и презентација овог процесног начела у јавности. Следствено томе, на основу изјава званичника формира се вредносни систем грађана у односу на претпоставку невиности, као процесно начело.

2.8.1. Појам непристрасности

Обавеза судија и тужилаца да поштују претпоставку невиности гарантује окривљеном да неће бити неосновано оптужен или гоњен, као и то да ће бити заштићен од сваког вида тенденциозног и пристрасног кривичног гоњења. Поступање судија и тужилаца у односу на окривљеног, за време трајања претпоставке невиности, своди се на захтев за непристрасношћу и правичним третманом окривљеног, у циљу очувања репутације и спречавања стигматизације

⁷⁷⁰ О питањима ко се сматра невиним, у односу на шта, од стране кога и начину разумевања ових питања видети више у: A. Duff, *op.cit.* (2013), pg 171.

окривљеног. Можемо да закључимо да је обавеза за поштовањем претпоставке невиности уско везана са правом на независан и непристрасан суд из става 1. члана 6. ЕКЈП.

Предуслов за постојање непристрасног суда је независност суда. Независност суда представља суштинску одлику либералне демократије⁷⁷¹ и означава независност судске власти од две преостале гране власти, али и заштиту од сваке врсте недозвољеног утицаја.⁷⁷² Непристрасност са друге стране означава „сестрински концепт“ независности.⁷⁷³

Предуслов поштовања претпоставке невиности је непристрасност судије, односно, „кључни елемент заштите претпоставке невиности је обезбеђивање непристрасности судије“.⁷⁷⁴ Једна од дефиниција претпоставке невиности ЕСЈП је директно везана за појам непристрасности: „захтев да чланови суда приликом обављања својих дужности немају никакву унапред створену представу о томе да је подносилац представке извршио кажњиво дело за које је оптужен“.⁷⁷⁵ Објашњење за неведену везу између непристрасности и претпоставке невиности је веома једноставно. Наиме, уколико би судија био пристрасан и кренуо од предрасуде или претпоставке да је окривљени учинио кривично дело, онда претпоставка невиности, сама по себи, не би имала никакав значај, сем можда формално протоколарног.

Питање значења појма непристрасности судије разматрано је и у пракси ЕСЈП у случају *Piersack v Belgium*.⁷⁷⁶ У овом предмету ЕСЈП је дефинисао

⁷⁷¹ P. H. Russell, „Toward a General Theory of Judicial Independence“ in P. H. Russell David M. O’Brien (eds), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*, University Press of Virginia, 2001, pg 1.

⁷⁷² О европским стандардима независности суда видети више у документу Венецијанске комисије - EUROPEAN STANDARDS ON THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY, 3 October 2008

⁷⁷³ P. H. Russell, *op.cit.*, pg 2.

⁷⁷⁴ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 174.

⁷⁷⁵ *Barbera, Messegue and Jabardo v Spain*, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988, para 77, преузето из K. Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima. Vodič za praktičare*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, str. 181.

⁷⁷⁶ *Piersack v Belgium*, ECtHR, Appl.no.8692/79, 1 October 1982, para 30.

непристрасност као одсуство пристрасности и предрасуда. Одсуство елемената пристрасности и предрасуда ЕСЈП тестира на два начина – субјективним и објективним тестом. Субјективним тестом се утврђује да ли постоји лична пристрасност или предрасуда конкретног судије у конкретном случају, а објективним тестом се утврђује да ли је конкретни судија својим поступањем понудио такав степен гаранција неопходан за искључење било какве легитимне сумње у погледу његове непристрасности.⁷⁷⁷ Док је субјективни текст фокусиран на личност судије - његове особине, животне околности и поступке; објективни тест је више фокусиран на слику коју судија ствара о себи као професионалцу, односно његов професионални наступ. Субјективна непристрасност се претпоставља, уколико нема чврстог доказа који би такву претпоставку оповргао, док се објективна непристрасност изражава у професионалном поступању судије. О разумевању и начину примене субјективног и објективног теста, ЕСЈП се изјашњавао у бројним предметима, од чега су, поред *Piersack v Belgium*, најсвеобухватнији *Wettstein v Switzerland*⁷⁷⁸ и *Thomann v Switzerland*⁷⁷⁹

ЕСЈП се у више наврата изјашњавао о појму непристрасности суда. Један од најзначајнијих предмета је поменути *Piersack v Belgium* у ком је ЕСЈП одлучио да се судија, који је претходно био задужен за одлучивање по жалби на одлуке тужиоца у истом предмету, не може сматрати непристрасним у истом случају. У другом случају *De Cubber v Belgium*⁷⁸⁰ ЕСЈП је сматрао да постоји кршење непристрасности у случају када је судија, који је поступао у кривичном предмету, претходно у истом предмету поступао као истражни судија. Кршење непристрасности је установљено и у предмету *Hauschildt v Denmark*⁷⁸¹ и то због чињенице да је у кривичном предмету судио судија који је у претходном поступку продужио притвор окривљеном позивајући се на доказе из предмета. У наведеним

⁷⁷⁷ *Piersack v Belgium*, ECtHR, Appl.no.8692/79, 1 October 1982, para 30

⁷⁷⁸ *Wettstein v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.33958/96, 21 December 2000, para 42

⁷⁷⁹ *Thomann v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.17602/91, 10 June 1996, para 31-33

⁷⁸⁰ *Cubber v Belgium*, ECtHR, Appl.no.9186/80, 26 October 1984, para 32

⁷⁸¹ *Hauschildt v Denmark*, ECtHR, Appl.no.10486/83, 24 May 1989, para 52

случајевима радило се о примени објективног теста непристрасности, који захтева „нешто мање строг или ригорозан ниво утврђивања узрочно-последичне везе.“⁷⁸²

Стандард доказивања угрожавања непристрасности је „леgitимна сумња“ у погледу постојања пристрасности, што је ЕСЉП констатовао у случају *Piersack*.⁷⁸³ Поред овог стандарда доказивања, ЕСЉП користи и стандард „објективно основане сумње“⁷⁸⁴ у непристрасност. Дакле, није неопходно доказивање постојања пристрасности, већ је само потребно доказивање да је сумња, исказана у односу на постојање непристрасности, легитимна. Поједностављено, није неопходно доказати постојање пристрасности, да би се извео закључак о кршењу непристрасности. Свака сумња изражена у погледу непристрасности суда, од стране државе може бити оповргнута доказивањем постојања довољног броја процесних јемстава којима се искључује постојање легитимне сумње, што је констатовано у случају *Farhi v France*⁷⁸⁵

Изнети примери су, са становишта ниског стандарда доказивања, били једноставни за извођење закључка о постојању кршења објективне непристрасности. Са друге стране, постоје случајеви објективне непристрасности који су значајно сложенији, а пре свега из разлога што представљају неку врсту споја са питањима из домена субјективне непристрасности. Ради се о случајевима када судија дели исто лично својство, верско или вредносно опредељење са једном од странака у поступку. У оваквим случајевима, сама по себи, чињеница о истој верској или каквој другој оријентацији, не пружа основ за грађење „леgitимне сумње“, која и даље остаје стандард доказивања. За достизање „леgitимне сумње“ неопходно је индивидуализовати судију, а потом успоставити јасну узрочно последичну везу између личних својстава и вредности судије са његовим поступцима.

⁷⁸² D. Vitkauskas, G. Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strasbourg, 2012, Sarajevo, str. 48.

⁷⁸³ *Piersack v Belgium*, ECtHR, Appl.no.8692/79, 1 October 1982, para 30.

⁷⁸⁴ *Kleyn and others v Netherlands*, ECtHR, Appl.nos.39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99), para 202

⁷⁸⁵ *Farhi v France*, ECtHR, Appl.no.17070/05, 16 January 2007, para 27-30.

У случају *Holm v Sweden*⁷⁸⁶ ЕСЈП је потврдио повреду става 1. члана 6. јер је утврдио да је због састава пороте питање непристрасности водило ка сумњи. Иначе, радило се о кривичном предмету клевете у ком је подносилац представке, иначе декларисани десничар, тврдио да је оклеветан од стране левичарске организације, између осталог и за блискост са нео нацистичким организацијама. Он је сматрао да је шведски суд повредио његово право на правично суђење из разлога што је састав пороте био такав да су у њему преовладавали поротници који имају левичарску политичку оријентацију. У овом случају ЕСЈП се морао упустити у питање индивидуализације судија и успостављања узрочно-поседичне везе између политичког опредељења поротника и њихових одлука.

У другом случају *Petur Thor Sigurdsson v. Iceland*⁷⁸⁷ ЕСЈП је утврдио да је дошло до повреде непристрасности из разлога што је у предмету, у ком је била тужена Народна банка, судила судија која је, заједно са супругом, имала финансијски аранжман са том банком. У овом предмету ближе је објашњено шта се све сматра објективним тестом. ЕСЈП сматра да је од значаја како нешто делује у јавности, „јер се суштински ради о питању да ли постоји поверење у правосуђе које надахњује демократску јавност.“⁷⁸⁸ ЕСЈП је сматрао да природа финансијског аранжмана и начин учешћа судије у том аранжману, висина њеног дуга према банци, као и временска повезаност закључења уговора са банком и одлучивања у предмету против банке, могу да пробуде сумњу у непристрасност судије, из ког разлога је и донета одлука о повреди става 1. члана 6. Из наведене две одлуке произилази да у случајевима, у којима се ради о личним својствима или вредностима судија, односно чињеницама из њиховог приватног живота, није увек лако применити објективни тест.

Из предмета *Sander v The United Kingdom*⁷⁸⁹, који се тичао расистичких изјава и вицева испричаних од стране чланова пороте на рачун азијске расе, а у

⁷⁸⁶ *Holm v Sweden*, ECtHR, Appl.no.14191/88, 25 November 1993, para 27-33

⁷⁸⁷ *Petur Thor Sigurdsson v. Iceland*, ECtHR, Appl.no.39731/98, 10 April 2003, para 37-46

⁷⁸⁸ *Petur Thor Sigurdsson v. Iceland*, ECtHR, Appl.no.39731/98, 10 April 2003, para 37

⁷⁸⁹ *Sander v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.34129/96, 9 May 2000, para 22-35

случају у којем је окривљени био азијског порекла, произилази и да процес индивидуализације оправдане сумње може лако да се замени са применом субјективног теста.⁷⁹⁰ У теорији је заступан став да је у предмету *Sander v The United Kingdom*, ЕСЉП заправо пропустио да правилно примени субјективни тест непристрасности.⁷⁹¹ Односно, да је уместо субјективног, погрешно примењен објективни тест непристрасности.⁷⁹²

Што се тиче примене чистог субјективног теста, његова примена у пракси ЕСЉП је изузетно ретка, тако да има свега неколико предмета у којима је овај тест примењен⁷⁹³. Субјективни тест је први пут примењен у случају *Findlay v The United Kingdom*,⁷⁹⁴ који се тичао поступка пред војним судом, и дефинисан је као „слобода од личних предрасуда или пристрасности“. Ипак, са становишта субјективног теста, најпознатији је случај *Kyprianou v Cyprus*⁷⁹⁵ у ком је ЕСЉП утврдио повреду непристрасности субјективним тестом, јер је од стране судија које су му судиле за кривично дело, окривљени био осуђен и за кривично дело увреда, због тога што је на њихов рачун изрекао тврдње које су они сматрали увредљивим. Практично, у том предмету, судије које су оштећене су окривљеног осудиле због увреде. Овај предмет је значајан и због чињенице да је ЕСЉП утврдио повреду члана 6. став 1. ЕКЉП, а у односу на претпоставку невиности из става 2. ЕСЉП је закључио да нема потребе да се о томе посебно расправља и одлучује, имајући у виду да је већ одлучио о повреди права из става 1.⁷⁹⁶

Разлог ретке примене субјективног теста лежи и у чињеници да се субјективна непристрасност претпоставља што је ЕСЉП потврдио у више

⁷⁹⁰ О овоме видети више у: D. Vitkauskas, G. Dikov, *op.cit.*, str. 48.

⁷⁹¹ J. G. Roca and P. Santolaya (eds), *op.cit.*, pg 232.

⁷⁹² О овоме више у: Judge L. Loucaides, *An Alternative View on the Jurisprudence of The European Court of Human Rights*, A Collection of Separate Oppinions 1998-2007, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2008, pg 121-123

⁷⁹³ J. G. Roca and P. Santolaya (eds), *op.cit.*, pg 232.

⁷⁹⁴ *Findlay v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.22107/93, 25 February 1997, para 73

⁷⁹⁵ *Kyprianou v Cyprus*, ECtHR, Appl.no.73797/01, 15 December 2005, para 119

⁷⁹⁶ *Kyprianou v Cyprus*, ECtHR, Appl.no.73797/01, 15 December 2005, para 138

предмета.⁷⁹⁷ Стога, док објективну непристрасност судија доказује поступцима, субјективна непристрасност се претпоставља. Ова чињеница утиче и на терет и стандард доказивања подносиоца притужбе, али и на степен успешности у доказивању кршења непристрасности.

2.8.2. Непристрасност тужилаца

Непристрасност тужилаца је нешто компликованије питање. Једни аутори полазе од становишта да јавни тужиоци уопште нису везани претпоставком невиности,⁷⁹⁸ док други сматрају да претпоставка невиности веже и јавне тужиоце.⁷⁹⁹

Закључак о томе да ли јавне тужиоце веже претпоставка невиности или не, зависи од почетне тезе о томе у којој фази поступка почиње да се примењује претпоставка невиности. Аутори који закључују да претпоставка невиности не веже јавног тужиоца, заправо сматрају да претпоставка невиности „штити од погрешне осуде, а не од хапшења“⁸⁰⁰, односно да се претпоставка невиности примењује тек на главном претресу, као фази суђења. Са друге стране, аутори који сматрају да претпоставка невиности веже и јавног тужиоца, заправо сматрају да се ова претпоставка примењује у свим фазама поступка, па и у фази хапшења и одређивања притвора.⁸⁰¹ Теоријска размимоилажења постају беспредметна пред дефинисаним појмом правичног суђења ЕКЉП, који обухвата и претпоставку невиности. Сходно ЕКЉП, претпоставка невиности, као део права на правично суђење, примењује се од почетка до окончања суђења, на начин како је то дефинисано аутономним појмовима ЕСЉП. Следствено, претпоставком невиности везан је и јавни тужилац.

⁷⁹⁷ *Padovani v Italy*, ECtHR, Appl.no.13396/87, 26 February 1993, para 26 и *Morel v France*, ECtHR, Appl.no.34130/96, 6 June 2000, para 41.

⁷⁹⁸ L. Larry, *Truth, Error, and Criminal Law: An Esey in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pg 93-95.

⁷⁹⁹ Нпр: S. Trechsel, *op.cit.*, pg.75

⁸⁰⁰ L. Larry, *op.cit.* (2006), pg 94. Аутор закључак изводи позивајући се на пресуду *State v Green* 275 So.2d 184, at 186

⁸⁰¹ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 181.

Ипак, неспорно је да постоје разлике између обавеза судија и тужилаца у односу на претпоставку невиности, па тиме и непристрасност. Наиме, може се оправдано поставити питање – како јавни тужилац може да буде непристрасан, када је управо он тај ко тврди и доказује да је окривљени крив? Тачна је ова, помало шизофрена улога јавног тужиоца. Међутим, чињеница да јавни тужилац кривично гони окривљеног и доказује његову кривицу, не онемогућава тужиоца да истовремено поштује претпоставку невиности и поступа непристрасно. Трешел закључује да је јавни тужилац у обавези да поштује претпоставку невиности, а и да буде непристрасан, у одређеној мери.⁸⁰² Ипак, он прави разлику између претпоставке невиности која веже судије и претпоставке невиности којом су везани јавни тужиоци. Наиме, судије су везане претпоставком невиности која је оријентисана ка коначном исходу о невиности окривљеног, док су тужиоци везани претпоставком невиности која је оријентисана на репутацију окривљеног.

Јавни тужилац, неспорно, има сопствено уверење о кривици окривљеног, које је неретко базирано на несумњивим доказима, или чак на неспорном признању окривљеног. Међутим, шта год да тужилац мисли, кривицу може да утврди само суд, јер није улога тужиоца да утврђује кривицу, већ да је доказује.⁸⁰³ Стога, обавезе јавног тужиоца у односу на претпоставку невиности, тичу се, пре свега поштовања претпоставке у односу на репутацију окривљеног, али не и на коначан исход поступка.

Са друге стране, непристрасност, као захтев у односу на тужиоце је нешто уже постављен него у односу на судије. Додуше, степен захтеване непристрасности јавних тужилаца у многоставној зависи и од тога да ли постоји систем тужилачке или судске истраге, односно од тога да ли је јавни тужилац дужан да прикупља доказе и у корист окривљеног или ту обавезу нема.

Непристрасност тужилаца у фази истраге ЕСЈП посматра превасходно са становишта захтева за објективношћу истраге. О потреби објективне, а самим тим

⁸⁰² *Ibid.*, pg 175

⁸⁰³ R. L. Lippke, *op.cit.* (2013), pg 342.

и непристрасне истраге, као елемента правичног суђења, ЕСЈП се изјашњавао у предметима *Enukidze and Girgvliani v. Georgia*⁸⁰⁴ и *Kavaklıoğlu and others v. Turkey*.⁸⁰⁵ У првом случају радило се о истрази у политички мотивисаном убиству, а у другом случају о истрази о смрти затвореника у току интервенције у циљу сузбијања побуне у затвору. У оба случаја истрагу је спроводило тужилаштво, а ЕСЈП је констатовао да је било пропуста у току истраге у смислу да је, због околности случаја и начина спровођења истраге, било немогуће спровођење истраге која би имала карактер објективне, односно независне и непристрасне истраге.

Позивајући се на наведене предмете који указују на захтев за објективношћу истраге, као елемент непристрасности, тело Савета Европе, Консултативно веће европских тужилаца је издало мишљење⁸⁰⁶ према коме су јавни тужиоци дужни да предузимају своје надлежности објективно, без обзира на конекције и утицаје потенцијалних окривљених или оштећених, односно да је неопходно да појединце пред законом третирају једнако.

2.8.3. Непристрасност судија и тужилаца као етичка категорија

Независност и непристрасност су дубоко везани. Не само да представљају правну норму у смислу члана 6. став 1., већ и филозофско правни сестрински концепт, јер „независност без непристрасности је стравична звер“.⁸⁰⁷ Независност без непристрасности, као гаранције објективности и лишености предрасуда, не може да задовољи захтеве правичног суђења. Интересантан је приступ *Transparency International* који корупцију у правосуђу дефинише као „недозвољени утицај на непристрасност судског процеса од стране било ког

⁸⁰⁴ *Enukidze and Girgvliani v. Georgia*, ECtHR, Appl.no.25091/07, 26 April 2011, para 258, 276

⁸⁰⁵ *Kavaklıoğlu and others v. Turkey*, ECtHR, Appl.no.15397/02, 6 October 2015, para 223

⁸⁰⁶ CCPE Opinion No. 9(2014) on European norms and principles concerning prosecutors, para 92

⁸⁰⁷ E. W. Thomas, *The Judicial Process. Realism, pragmatism, practical reasoning and principles*, Cambridge University Press., 2005, pg 781.

учесника у правосудном систему.⁸⁰⁸Значајно је да ова организација препознаје непристрасност, а не независност, као суштинску гаранцију заштите од корупције.

Имајући у виду развој значаја непристрасности из нормативне перспективе у смислу члана 6. став 1. ЕКЈП, развој свести о значају непристрасности потпомогнуто праксом ЕСЈП, као и значај непристрасности у бори против корупције, непристрасност је постала професионално етички захтев и једна од централних тема етичких кодекса судија и тужилаца.

Бангалорски принципи судијског понашања,⁸⁰⁹ као основни УН документ судијске етике прописују непристрасност као етички принцип, међу пет осталих принципа: независност; интегритет; примереност; једнакост; компетенција и ревност. Овим документом је прописано да је непристрасност неопходан елемент у целокупном судском поступку. Непристрасност, са друге стране није везана само за судски поступак, већ и за понашање судије у суду и ван њега, јер судија својим понашањем мора да јача поверење професије и странака у непристрасност. Значење појма непристрасности је дефинисано као „вршење дужности без фаворизовања, предубеђења или предрасуда“. Бангалорски принципи регулишу питање изузећа наводећи да ће судија бити изузет када није у могућности да донесе непристрасну одлуку или када разумном посматрачу може деловати да судија није у могућности да донесе непристрасну одлуку. Такви случајеви укључују стварно предубеђење или предрасуду судије, лична сазнања судије у спорним доказима, економске или друге интересе судије и сл.

Тела Савета Европе су такође показала велико интересовање за питање непристрасности судија. Европска повеља о статусу судија⁸¹⁰ указује да непристрасност судија мора да буде означена у формалним документима свих

⁸⁰⁸ Transparency International, *Global Corruption Report. Corruption in Judicial Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, xxi

⁸⁰⁹ THE BANGALORE PRINCIPLES OF JUDICIAL CONDUCT 2002, United Nations Office on Drugs and Crime, (The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002), https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

⁸¹⁰ European Charter on the statute for judges, доступна на <https://rm.coe.int/16807473ef>

држава чланица. Такође, Извештај о судијској независности и непристрасности Савета Европе за 2017. годину⁸¹¹ препоручује државама чланицама да непристрасност регулишу као етичку норму у етичком кодексу, односно, да се њено кршење дефинише као дисциплински прекршај. Неопходност дефинисања непристрасности, као етичке норме, Савет Европе објашњава потребом јачања поверења јавности у правосуђе, али и као вид помоћи судијама у процесу решавања питања професионалне етике.⁸¹² Консултативно веће европских судија у мишљењу број 1 из 2001. године⁸¹³ такође указује на неопходност регулисања питања непристрасности судија и то, како у чињеницама, тако и у утиску, што се јасно повезује са стандардима ЕСЈП у погледу субјективног и објективног теста непристрасности.

Сличне препоруке важе и за јавне тужиоце. Мишљење Консултативног већа европских тужилаца број 9 из 2014 године⁸¹⁴ указује на неопходност прописивања обавезе непристрасности јавних тужилаца, као услов обезбеђења поверења јавности у јавнотужилачки систем.

Из сумарног прегледа основних докумената која се тичу етичких норми судија и тужилаца, може се закључити да се у последњих двадесетак година јавља тенденција прерастања етичких норми, као што су непристрасност, интегритет, примереност и ревност, у правне норме.⁸¹⁵ Традиционално прихваћене као етичке норме, ове професионалне вредности постају правне норме, које поред диспозиције добијају и санкцију у виду дисциплинских прекршаја. И у домаћем

⁸¹¹ Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States in 2017 CCJE-BU(2017)11, Strasbourg, 7 February 2018, доступно на <https://rm.coe.int/2017-report-situation-of-judges-in-member-states/1680786ae1>

⁸¹² Тачка 26 Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States in 2017 CCJE-BU(2017)11, Strasbourg, 7 February 2018

⁸¹³ Strasbourg, 23 November 2001 CCJE (2001) OP N°1 [ccje/docs2001/ccje(2001)op n°1e] CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE) OPINION No 1 (2001) OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE), para 13, доступно на <https://www.legal-tools.org/doc/ca5224/pdf/>

⁸¹⁴ CCPE Opinion No. 9(2014) on European norms and principles concerning prosecutors, para 93

⁸¹⁵ О трендовима транзиције етичких у правне норме у погледу интегритета и других професионалних вредности видети више у: J. Soeharno, *The Integrity of the Judge, A Philosophical Inquiry*, Ashgate e-book, 2009, pg 1-23.

правном систему, наведене етичке норме су добиле свој правни изражај у етичким кодексима судија и тужилаца.⁸¹⁶ Прерастање традиционално прихваћених етичких норми у правне норме свакако представља изазов. Да ли ће овом транзицијом - из морала у право, професионална етика бити унапређена, остаје да видимо.

2.9. ИЗЈАВЕ ЗВАНИЧНИКА

2.9.1. Појам јавног званичника чије изјаве су релевантне са становишта претпоставке невиности

ЕСЈП је у више предмета одлучивао о повреди претпоставке невиности учињене изјавама званичника. Изјаве званичника које могу да проузрокују кршење претпоставке невиности су оне изјаве које експлицитно или имплицитно говоре о кривици окривљеног, али и оне изјаве које очигледно нарушавају или угрожавају непристрасност тужилаштва или суда.

Међутим, претходно је потребно одговорити на питање – ко се све сматра јавним званичником? ЕСЈП је дао одговор на ово питање у предмету *Kouzmin v Russia*.⁸¹⁷ У овом случају политичар, који се кандидовао за гувернера региона, иначе бивши генерал и бивши високо ранжирани представник извршне власти, у телевизијској емисији говорио је о актуелном случају силовања и том приликом је рекао да окривљени заслужује да буде „у кавезу“ и да му он, уколико буде изабран, обећава затвор. Русија је у своју одбрану навела да се у конкретном случају не може радити о повреди претпоставке невиности, јер у време коментарисања ово лице није било ни на једној јавној функцији. Ипак, ЕСЈП је нашао одговорност Русије образлажући да се у неким специфичним случајевима има сматрати да су изјаве дали јавни званичници, без обзира да ли су тренутно на

⁸¹⁶ Етички кодекс „Сл. гласник РС“, бр.96/2010; Правилник о поступку за утврђивање дисциплинске одговорности судија и председника судова „Сл. гласник РС“, бр.41/2015; Етички кодекс јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца „Сл. гласник РС“, бр.87/2013; Правилник о дисциплинском поступку и дисциплинској одговорности јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца „Сл. гласник РС“, бр.64/2012, 109/2013, 58/2014

⁸¹⁷ *Kouzmin c Russie*, ECtHR, Req.no.58939/00, 18 mars 2010, para 59-69

функцији или не.⁸¹⁸Наиме, ЕСЈП је стао на становиште да јавни званичник не мора бити само лице које је изабрано или постављено на неку функцију, односно лице које је државни службеник. За ЕСЈП јавног званичника може да представља и лице које има познат или признат положај у јавности било да се налази на неком положају, или се за тај положај кандидује. Дакле, ЕСЈП у погледу дефинисања јавног званичника, прихвата мање формалан приступ и појам јавних званичника не ограничава само на лица која се на функцији налазе, већ и она лица која поседују одређени стварни степен друштвене моћи који произилази из прошлих или будућих јавних функција.

У другом, нешто млађем предмету *Y.B. and Others v. Turkey*,⁸¹⁹ ЕСЈП је изричито навео да претпоставка невиности није проста процесна гаранција у кривичним стварима, већ да је опсег овог права шири и да подразумева обавезу представника државе да је поштују у том смислу што неће прогласити никога кривим за кривично дело пре него што суд правноснажно кривицу утврди.

Један од најзначајнијих случајева који се тиче изјава јавних званичника и повреде претпоставке невиности је *Konstas v. Greece*,⁸²⁰ познатији као Пантеон случај. У овом предмету подносилац представке је био Димитрос Констас, бивши ректор Универзитета Пантеон у Атини и бивши носилац неколико функција у извршној власти и дипломатији. Он је са неколико колега био оптужен за превару и проневеру јавних фондова. Након изрицања првостепене осуђујуће пресуде, у парламенту је вођена расправа у којој су учествовали помоћник министра финансија, министар правде и премијер. Предмет расправе је била осуђујућа пресуда. Подносилац представке је сматрао да кривични поступак није окончан и да је предмет расправе у парламенту представљао заправо кршење његове претпоставке невиности. ЕСЈП се позвао на претходни случај *Daktaras v. Lithuania*⁸²¹ у ком предмету је закључено да претпоставка невиности може бити

⁸¹⁸ *Kouzmin c. Russie*, ECtHR, Req.no.58939/00, 18 mars 2010, para 60-63

⁸¹⁹ *Y.B. et autres c. Turquie*, Req.nos 48173/99 et 48319/99, 28 octobre 2004, para 43

⁸²⁰ *Konstas v Greece*, ECtHR, Appl.no. 53466/07, 24 May 2011, para 31

⁸²¹ *Daktaras v. Lithuania*, ECtHR, Appl.no.42095/98, paras 41-42, October 2000

повређена и изјавама јавних званичника, а не само судија или тужилаца. Интересантно је да је ЕСЉП утврдио да нису све изјаве у парламентарној дебати, које су у односу на подносиоца представке имале негативну конотацију, истовремено представљале и повреду претпоставке невиности. ЕСЉП је првенствено констатовао да су у расправи учествовали највиши државни званичници и да они, управо због свог високог положаја, имају посебну обавезу поштовања претпоставке невиности.⁸²² Потом је ЕСЉП ушао детаљно у изјаву сваког од званичника и тумачио њено значење. ЕСЉП је сматрао повредом претпоставке невиности само оне изјаве јавних званичника које су могле да наведу јавност да поверује да је окривљени несумњиво крив, јер је „безобзирни, непромишљени језик вероватно утицао на јавно мњење у погледу кривице подносиоца представке“.⁸²³ Овај предмет је значајан из разлога што је ЕСЉП изнео став да су политичка аргументација и дебата ограничене претпоставком невиности и да високо ранжирани политичари, управо због своје друштвене улоге, имају посебну обавезу да поштују претпоставку невиности.

ЕСЉП је у истом предмету посебно образложио да је потребно окривљене заштитити од изјава јавних званичника из разлога што је претпоставка невиности не само процесно право, већ је истовремено и брана којом се штити част и достојанство оптуженог.

Неспорна је чињеница да су судије, тужиоци и полицајци у сваком случају јавни званичници и да се свака њихова изјава има сматрати изјавом јавног званичника. Стога, опрезност при давању изјава нарочито се односи на судије, тужиоце и полицајце који су дужни да покажу висок степен пажње у поштовању стандарда професионалне етике, како би избегли евентуалну могућност кршења претпоставке невиности или угрожавања принципа непристраности. Поменути Бангалорски принципи изричито прописују ову обавезу, као елемент непристраности, и наводе да судија не сме „у току поступања, или могућег будућег поступања у предмету давати коментаре за које би се могло оправдано

⁸²² *Konstas v Greece*, EctHR, Appl.no. 53466/07, 24 May 2011, para 38

⁸²³ *Konstas v Greece*, EctHR, Appl.no. 53466/07, 24 May 2011, para 42

претпоставити да могу утицати на окончање тих поступака или угрозити манифестовану правичност поступака. Нити ће судија давати било какве изјаве, јавно или на други начин које могу утицати на правичност суђења било ком лицу или о било ком питању.“⁸²⁴ Консултативно веће европских тужилаца у свом мишљењу⁸²⁵ прописује обавезе јавних тужилаца у поступку давања изјава медијима и са посебним освртом на обавезу поштовања претпоставке невиности прописује да јавни тужиоци треба да поштују обавезу тајности, дискреције и објективности, као и да посебну пажњу треба да усмере ка непристрасности и интегритету јавнотужилачког система.

2.9.2. Изјаве судија

У чувеном случају *Minelli v. Switzerland*⁸²⁶ који је раније више пута поменут, ЕСЉП је утврдио повреду претпоставке невиности, између осталог, због изјаве судије да би окривљени „врло вероватно“ био осуђен да није дошло до застарелости кривичног гоњења. Предмет је вођен по представци подносиоца, швајцарског новинара који је био оптужен за клевету, по приватној тужби. Поступак је окончан обуставом из разлога што је наступила застарелост. Ипак, одлуком о обустави, суд је наложио окривљеном да надокнади судске трошкове и трошкове које је имао приватни тужилац. У тој одлуци, образлажући трошкове поступка, судија је констатовао да би окривљени „врло вероватно“ био осуђен да није дошло до застаре. Окривљени Минели је сматрао да се оваквом одлуком крши његова претпоставка невиности, јер, иако је поступак против њега обустављен, он је одлуком о трошковима практично санкционисан. ЕСЉП је нашао повреду претпоставке невиности, како због одлуке о трошковима, тако и због образложења судије који изражава сумњу у невиност, без обзира на чињеницу што је поступак окончан обуставом.

⁸²⁴ Бангалорски принципи тачка 2.4.

⁸²⁵ OPINION (2013) No. 8 OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN PROSECUTORS ON RELATIONS BETWEEN PROSECUTORS AND THE MEDIA adopted by the CCPE at its 8th plenary meeting (Yerevan, 8-9 October 2013), тачка 19 и 24

⁸²⁶ *Minelli v. Switzerland*, ECtHR, Appl.no.8660/79, 25 March 1983, par 38

У случају *Lavents v Latvia*⁸²⁷ ЕСЉП је утврдио повреду права на правично суђење, као и повреду претпоставке невиности, с тим што је сматрао да, имајући у виду наведене утврђене повреде, нема потребе за посебним утврђивањем независности суда, на шта је указивао подносилац представке. У овом случају радило се о кривичном поступку који је био вођен против бизнисмена оптуженог да је преварним радњама и трансакцијама оштетио стотине хиљада људи. Поступак је био у жижи медијске пажње, а у току трајања поступка судија Штеинерте је давала изјаве медијима. У изјавама је вредносно коментарисала поступање одбране сугеришући исход поступка и изражавала чуђење да окривљени није признао кривично дело. У једном од интервјуа изричито је навела да би у најбољем случају окривљени могао да добије делимичну ослобађајућу пресуду и предложила окривљеном да докаже своју невиност у поступку. ЕСЉП је утврдио повреду претпоставке невиности, а образлажући одлуку навео је да тврдње које је судија изнела у јавности јасно показују да је судија у току поступка била уверена у кривицу окривљеног и да је искључила могућност доношења ослобађајуће пресуде. ЕСЉП је изразио чуђење због изјаве у којој је судија сугерисала да је потребно да окривљени „докаже своју невиност“ сматрајући да је таква изјава у директној супротности са претпоставком невиности. За ЕСЉП није било од значаја што је судија такве изјаве дала у форми изражавања сумње, односно у упитној форми, с обзиром да ЕСЉП права гарантује као практична и делотворна, а не као теоријска и илузорна.⁸²⁸

У нешто скоријем предмету *Olujić v Croatia*⁸²⁹ подносилац претставке је био председник Врховног суда Републике Хрватске против ког је био вођен дисциплински поступак због сумње да је одржавао сексуалне односе са малолетницама и користио свој положај како би штитио финансијске интересе двојице појединаца, чиме је штетио угледу судства. ЕСЉП је констатовао да је повређено право на правично суђење подносиоца представке у дисциплинском поступку који је вођен пред Државним судбеним вијећем. Разматрајући елементе

⁸²⁷ *Lavents v Latvia*, ECtHR, Appl.no. 58442/00, 28 November 2002, para124, 127

⁸²⁸ О закључцима у пресуди *Lavents* видети више у: S. Trechsel, *op.cit.*, pg 175

⁸²⁹ *Olujić v Croatia*, ECtHR, Appl.no.22330/05, 5 February, para 56-68

права на правично суђење из става 1. члана 6., ЕСЈП се упустио у анализу непристрасности чланова судског већа. Наведено је да се од судских власти тражи највећа могућа дискреција у погледу предмета у којима поступају, како би се очувала слика о њиховој непристрасности, што укључује и суздржаност у погледу изјава медијима, чак и када су испровоцирани. Подносилац представке је оспорио непристрасност три члана Већа, из разлога што су током дисциплинског поступка давали изјаве у којима су изразили несклоност ка подносиоцу представке о чијем дисциплинском прекршају су одлучивали. Тако је један од чланова Већа, у тренутку када је већ била донета дисциплинска одлука, али није постала правноснажна, дао интервју у ком се легитимисао у погледу свог гласања наводећи да су оптужбе против подносиоца представке чињенично јасне, да су нетачни наводи одбране и да је предмет политички мотивисан. Други члан Већа је такође дао интервју, док је предмет био пред Уставним судом, у коме је навео да су изјаве подносиоца представке, у погледу питања непристрасности чланова Већа, комичне, уједно описујући подносиоца представке као лице коме недостаје искуство и знање и као *corpus alienum* (страно тело) у хрватском правосуђу. ЕСЈП је констатовао да су наведене изјаве чланова Већа биле у супротности са захтевом непристрасности и утврдио повреду члана 6. став 1. ЕКЈП. У овом случају је интересантна чињеница да је ЕСЈП сматрао да се право на правично суђење, у конкретном случају, има применити и на дисциплински поступак, као и да је могуће да се гаранција непристрасности крши и након правноснажности одлуке, а у току одлучивања пред Уставним судом. Иако се у конкретном случају не помиње претпоставка невиности, из одлуке јасно произилази да је ова претпоставка прекршена изјавама чланова Већа, али је ЕСЈП сматрао да је кршење права на правично суђење, у виду кршења гаранције непристрасности, ширег опсега и да стога није потребно разматрати појединачно и евентуално кршење претпоставке невиности.

И у предмету *Buscemi v Italy*⁸³⁰ ЕСЈП се изјашњавао о изјавама судија медијима. У конкретном случају, председник суда је јавно користио изразе који су

⁸³⁰ *Buscemi v Italy*, ECtHR, Appl.no. 29569/95, 16 September 1999, para 68

имплицирали да је он већ формирао неповољан поглед пре него што је започео председавање већем. ЕСЉП је закључио да су „изјаве које је дао председник суда биле такве да објективно оправдавају страхове подносиоца представке у погледу непристрасности“.

Са становишта изјава судије које могу да крше гаранцију непристрасности значајна је и одлука *Adamkiewicz v. Poland*.⁸³¹ У овом случају судија, који је водио прикупљање доказног поступка у почетној фази у поступку према малолетнику, је приликом доношења одлуке за прелазак у фазу суђења изрекао да „постоје довољни докази за кривицу“, након чега је управо тај судија касније судио у истом предмету и подносиоца представке огласио кривим. ЕСЉП је објаснио да чињеница да је судија доносио одлуке пре суђења, сама по себи, не може оправдати страховања о непристрасности судије. Ово из два разлога. Прво, што, широка сазнања која је имао прикупљајући доказе, не подразумевају и постојање предрасуда, када је реч о одлуци у меритуму. Друго, што се прелиминарна процена расположивих података не може користити у циљу прејудуцирања коначне одлуке. У прилог овој тврдњи ЕСЉП се осврће и на један други предмет *Nortier v Netherlands*,⁸³² у ком су сви поступци против малолетника одржани пред истим судијом, а у ком предмету ЕСЉП није нашао повреду права на правично суђење, односно повреду непристрасности или претпоставке невиности. Стога постојање чињенице да је судија који је прикупио доказе касније поступао и као судећи судија, само по себи, не изазива сумњу у непристрасност.

У предмету *Hajnal v Serbia*⁸³³ суд је огласио кривим окривљеног Хајнала и утврдио му казну затвора у трајању од годину и по. Одмеравајући санкцију, као отежавајућу околност, суд је узео чињеницу да се против окривљеног паралелно води још шест посебних кривичних поступака. ЕСЉП је закључио да јавни званичници могу да повреду претпоставку невиности својим изјавама, уколико њихове изјаве „одражавају мишљење“ да је неко лице криво, пре него што се

⁸³¹ *Adamkiewicz v. Poland*, EctHR, App.no.54729/00, 2 March 2010, para 93–108

⁸³² *Nortier v Netherlands*, ECtHR, App.no.13924/88, 24 August 1993, para 30-38

⁸³³ *Hajnal v Serbia*, ECtHR, App.no.36937/06, 19 June 2012, para 42, 129-132

кривица докаже у складу са законом. Дакле, није неопходно да изјава званичника буде таква да се њоме изричито тврди кривица неког лица, већ је довољно да изјава „одражава мишљење“ или „сугестију“ јавног званичника о постојању кривице неког лица. ЕСЉП је нагласио да се само званично утврђивање претходног кривичног дела, тј правноснажна осуда, може сматрати отежавајућом околношћу за накнадна кривична дела. У супротном, прихватање чињенице да су у току други поступци, као отежавајућу околност, неизбежно подразумева кривицу окривљеног у тим поступцима који су паралелно у току. Имајући у виду наведене разлоге, ЕСЉП је утврдио повреду права на правично суђење.

У погледу могућег кршења претпоставке невиности у виду изјава судија можемо да закључимо да изјаве судија у пракси ЕСЉП представљају само један облик изјава званичника, с тим што су стандарди за процену изјава судија на нешто вишем нивоу него стандарди за процену изјава званичника, и то из да разлога. Први се тиче професионалних етичких стандарда судија, а други начела непристрасности суда и обавезе судија да делују непристрасно. Такође, висок стандард постављен пред судије, у погледу изјава које дају, постављен је тако да су судије дужне да се суздржавају од изјава које могу да сугеришу сумњу у невиност окривљеног, чак и након окончања поступка којим је окривљени оглашен одговорним, уколико је у току жалбени поступак или поступак пред Уставним судом. Стога, ЕСЉП на неки начин уводи обавезу „самоуздржавања“⁸³⁴ судија од коментарисања поступака који су у току.

Из изнетог кратког прегледа најзначајнијих пресуда може се закључити да додатни проблем у процени повреде претпоставке невиности путем изјава судија, ствара чињеница да у великом броју случајева није сасвим јасно да ли одређене изјаве судија представљају кршење начела непристрасности или претпоставке невиности. Уз чињеницу о којој смо претходно говорили, да повреда права на правично суђење из става 1. неретко замагљује повреду претпоставке невиности из става 2. члана 6., постаје јасно колико је тешко разлучити да ли одређена изјава судије, која није у складу са ЕКЉП, представља кршење права на правично

⁸³⁴ G. Resta, *Trial By Media as a Legal Problem, A Comparative Analysis*, Aracne, Rome, 2009, pg 18.

суђење из става 1., кршење права на независан и непристрасан суд из става 1., или кршење права на правично суђење из става 2. члана 6.

Од значаја је и напомена да ЕСЈП у процени повреде претпоставке невиности у изјавама судија, не сматра неопходним да таква изјава буде изричита и директна. Таква изјава може бити дата и у упитној или било којој другој форми, али је неопходно да таква изјава наводи или сугерише на став судије да је окривљени крив. Дакле, изјава судија којом посредно наводи на закључак да је окривљени крив, било да је она изнета у одлуци судије или изјави коју је дао, свакако ће чинити повреду претпоставке окривљеног.

2.9.3. Изјаве јавних тужилаца

Логичка хипотеза о претпостављеној невиности за судије можда представља једноставан захтев, сходно коме они могу да усмеравају понашање према окривљеном, одбрани и јавности. Међутим, за тужиоца, на коме стоји терет доказивања кривице окривљеног, логичка хипотеза о невиности окривљеног, представља велики изазов.

Како тужилац може да доказује кривицу окривљеног истовремено полазећи од логичке хипотезе о претпостављеној невиности окривљеног? Терет доказивања кривице и логичка хипотеза претпостављене невиности међусобно су супротстављени.

Одговор на питање да ли је тужилац везан претпоставком невиности зависи од претходног питања – од ког тренутка важи претпоставка невиности, односно од ког тренутка се она примењује. Како је, сходно пракси ЕСЈП, о чему је раније било речи, неспорно да је почетак претпоставке невиности везан за почетак примене права на правично суђење, јасно је стога да је јавни тужилац у свим фазама поступка везан претпоставком невиности окривљеног. Професионализам јавног тужиоца треба да иде у корист претпоставке невиности

окривљеног, а тужилац, стога, треба да заузме „став супротан интуицији“⁸³⁵ у односу на окривљеног полазећи од претпоставке да је окривљени невин, али не у материјалном смислу, већ у фактичком, пробаторном или правном смислу.⁸³⁶

Липке закључује да поступање тужиоца у складу са претпоставком невиности подразумева, између осталог: уздржавање од поступака којима се онемогућава или отежава утврђивање чињеница, доследну примену процесних права, као и избегавање да се у преговорима са окривљеним и одбраном манипулише доказима и предвиђањима санкције коју би изрекао суд након суђења.⁸³⁷ С тим у вези, Липке даље сматра да тужилац не сме да занемарује или скрива доказе који иду у корист окривљеном; да у јавним иступима и изјавама о току поступка мора да поштује претпоставку невиности; да не сме да дозволи јавно понижававање окривљеног, било на директан или симболичан начин; и коначно, да мора да има на уму вероватноћу да је окривљени невин у материјалном, а не само у пробаторно, фактичком или правном смислу⁸³⁸ и да, у складу са том могућности делује.

Важно је указати и на Трешелов закључак да се ризик угрожавања претпоставке невиности од стране јавног тужиоца увећава уколико тужилац има квази судску функцију⁸³⁹, односно уколико у његове надлежности спадају и оне радње које су, по својој природи, судске радње. С обзиром на наведено, можемо закључити да ће стандарди понашања тужиоца, у погледу обавезе поштовања претпоставке невиности, умногоме зависити и од опсега надлежности јавног тужиоца у националним законодавствима.

⁸³⁵ R. L. Lippke, *op.cit.* (2013), pg 338.

⁸³⁶ L. Larry, *op.cit.* (2006), pg 96-100.

⁸³⁷ R. L. Lippke, *op.cit.* (2013), pg 339

⁸³⁸ *Ibid.*, pg 341-343.

⁸³⁹ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 179.

О поштовању претпоставке невиности приликом обраћања јавности ЕСЈП се изјашњавао у више предмета⁸⁴⁰ у којима је изричито наведено да се поштовање ове претпоставке не односи само на судије, већ и на јавне тужиоце, као и остале јавне званичнике.

У случају *Krause v Switzerland*⁸⁴¹ као и у случају *Allenet de Ribemont v. France*⁸⁴² ЕСЈП је указао на начин на који судије и тужиоци треба да обавештавају јавност о текућим поступцима. Наиме, за ЕСЈП је неспорно да судије и тужиоци имају обавезу обавештавања јавности. У оквиру обавештења, судије и тужиоци могу да наводе степен сумње, чињеницу да је окривљени ухапшен или да је признао или негирао дело. Ипак, и при давању оваквих података, неопходно је да саопштења дају на „дискретан и обазрив“⁸⁴³ начин.

У предмету *Turyev v. Russia*,⁸⁴⁴ ЕСЈП се изричито изјашњавао о томе да ли је изјава јавног тужиоца била у складу са критеријумима успостављеним у наведеним предметима. Наиме, у конкретном случају, јавни тужилац из Свердловске регије давао је интервју локалним новинама Северна звезда у ком се изјашњавао о феномену повећане стопе убистава у регији. Том приликом је образлагао која убиства су расветљена од стране полиције и тужилаштва, а која нису. У односу на један конкретан случај убиства, навео је иницијале имена и пуно презиме окривљеног и окарактерисао га као убицу. ЕСЈП се позвао на успостављене стандарде у погледу начина извештавања о поступку и констатовао да изјава тужиоца није била дискретна ни обазрива, нити је представљала просто изношење чињеница из истраге. Интересантно је да се Влада Русије бранила аргументом да је важно да тужиоци имају слободу говора, јер би се у супротном створио информативни вакуум који би могао бити попуњен неодговорним

⁸⁴⁰ *Allenet de Ribemont v. France*, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995, para 36; *Daktaras v. Lithuania*, ECtHR, Appl.no.42095/98, 10 October 2000, para 42; *Petyo Petkov v. Bulgaria*, ECtHR, Appl.no.32130/03, 7 January 2010, para 91

⁸⁴¹ *Petra Krause v. Switzerland*, EComHR, App.no.7986/77, 3 October 1978 on the admissibility of the application DECISION, pg 73

⁸⁴² *Allenet de Ribemont v. France*, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995, para 38

⁸⁴³ *Allenet de Ribemont v. France*, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995, para 38

⁸⁴⁴ *Turyev v Russia*, ECtHR, Appl.no.20758/04, 11 October 2016, para 20-22

изворима. Ипак, ЕСЉП је утврдио повреду претпоставке невиности и констатовао да је изјава тужиоца била таква да је „охрабрила јавност да верује у кривицу окривљеног, као и да је прејудиицирала процену чињеница од стране надлежног судског органа“.⁸⁴⁵

2.9.4. Изјаве припадника полиције

Као што је већ раније неколико пута поменуто, ЕСЉП је заузео недвосмислен став да је поштовање претпоставке невиности приликом обраћања јавности неопходно, и да се ова обавеза односи на све јавне званичнике. Поред јавних тужилаца, припадници полиције су неретко први на удару у погледу обавеза извештавања јавности. У односу на изјаве припадника полиције, не постоје посебне обавезе у погледу поштовања претпоставке невиности, већ се примењују општа правила која се односе на све јавне званичнике.

Један од значајнијих и најранијих предмета који се тичао обавезе поштовања претпоставке невиности од стране полиције приликом обавештавања јавности је *Alenet de Ribemont v. France*.⁸⁴⁶ У овом предмету ЕСЉП је одлучивао о повреди претпоставке невиности у ситуацији када је министар унутрашњих послова, заједно са високо рангираним полицијским службеницима, на конференцији за штампу изјавио да је подносилац представке био подстрекач убиства. Француска влада се бранила пред ЕСЉП ставом да претпоставка невиности обавезује само суд, што је ЕСЉП изричито оповргао наводећи да „претпоставка невиности не може бити угрожена само од судије, већ и од стране других представника јавних органа“.⁸⁴⁷

У овом предмету ЕСЉП је направио директну везу између слободе примања и преношења информација и претпоставке невиности наводећи да претпоставка невиности не може спречити власти да информишу јавност о

⁸⁴⁵ *Turyev v Russia*, ECtHR, App.no. 20758/04, 11 October 2016, para 20-21

⁸⁴⁶ *Alenet de Ribemont v. France*, App.no.15175/89, 10 February 1995, para 36-41

⁸⁴⁷ *Alenet de Ribemont v. France*, App.no.15175/89, 10 February 1995, para 36

кривичним истрагама у току, али, уколико се определе за информисање, неопходно је да то чине ограничено и дискретно, како се не би нарушила претпоставка невиности. У конкретном предмету, ЕСЈП је нашао повреду претпоставке невиности од стране полицијских службеника сматрајући да су полицијски службеници дали изјаву о кривици подносиоца представке која изјава је „прво, подстакла јавност да верује у кривицу, а друго, прејудицирала процену чињеница од стране надлежног правосудног органа“.⁸⁴⁸

У другом, нешто млађем значајном предмету *Y.B. and Others v. Turkey*⁸⁴⁹ високи полицијски званичник антитерористичке управе за безбедност сазвао је конференцију за штампу поводом хапшења једанаест лица осумњичених за чланство у забрањеној политичкој партији. Том приликом дато је саопштење за јавност у ком је наведено да су чланови илегалне организације ухапшени и стављени у притвор а због тога што су „учествовали у пожару општинског аутобуса и незаконитим демонстрацијама“. Новинари су имали прилику и да фотографишу окривљене и ова вест са фотографијама је била објављена у медијима, уз пратеће коментаре да су окривљени признали своје активности у комунистичко лењинистичкој партији. ЕСЈП примећује да на конференцији за штампу нису била објављена имена окривљених, али су биле објављене њихове фотографије, односно „начин на који су представљени новинарима учинио их је веома лако препознатљивим“⁸⁵⁰ медијима, тако да су касније медији утврдили њихов идентитет и објавили њихова имена. Такође је ЕСЈП приметио да је конференција одржана недуго након хапшења, а пре судске одлуке. Иако полицијске власти нису могле бити одговорне за радње медија, ипак, гледано у целини ЕСЈП је нашао да је полиција оваквом конференцијом за новинаре подстакла јавност да верује у кривицу окривљених и прејудицирала процену чињеница од стране суда.

⁸⁴⁸ *Alenet de Ribemont v. France*, App.no.15175/89, 10 February 1995, para 41

⁸⁴⁹ *Y.B. et autres c. Turquie*, Req.nos 48173/99 et 48319/99, 28 octobre 2004, para 11-13, 45-50

⁸⁵⁰ *Y.B. et autres c. Turquie*, Req.nos 48173/99 et 48319/99, 28 octobre 2004, para 48

2.9.5. Избор речи

Из угла претпоставке невиности, избор речи је нарочито значајан за званичнике који дају изјаве поводом неког кривичног поступка, али и за судије и тужиоце приликом образлагања процесних и мериторних одлука. Дакле, избор речи је важан, како у вербалним наступима, тако и у писаним документима. ЕСЈП је у више предмета наглашавао важност избора речи од стране јавних званичника пре правноснажности осуђујуће пресуде, указујући на то како погрешан избор речи може да представља кршење претпоставке невиности. Најбољи примери су предмети *Ismailov and others v Russia*⁸⁵¹, *Nestak v Slovakia*⁸⁵², *Böhmer v Germany*.⁸⁵³

ЕСЈП у својој богатој пракси није давао смернице које речи и на који начин треба да буду изречене, када је у питању претпоставка невиности. Ипак, ЕСЈП је давао путоказе у ком правцу национални судови или званичници треба да иду, или чега треба да се клоне у аргументацији и образлагању.

Једна од најзначајнијих пресуда је *Minelli v Switzerland*⁸⁵⁴ у којој је ЕСЈП закључио да се претпоставка невиности крши уколико судска одлука, која није осуђујућа, „одражава мишљење да је окривљени крив“. Дакле, свака употреба речи, у изјавама званичника или одлуци суда (изузев ако је реч о осуђујућој пресуди), која имплицитно или посредно, наводи читаоца на помисао да је окривљени крив или да суд има уверење да је окривљени крив, представља кршење претпоставке невиности.

Стога, није неопходно да изречене или написане речи о кривици окривљеног буду непосредно изречене. Довољно је да избор речи буде такав да оне утичу или наводе на стварање утиска о кривици окривљеног. Тако, у предмету

⁸⁵¹ *Ismailov and others v Russia*, ECtHR, Appl.no.33947/05, 26 November 2009, para 166

⁸⁵² *Nestak v Slovakia*, ECtHR, Appl.no.6555/01, 27 February 2007, para 88-89

⁸⁵³ *Böhmer v Germany*, ECtHR, Appl.no.37568/97, 3 October 2002, para 54

⁸⁵⁴ *Minelli v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.8660/79, 25 March 1983, para 37

*Böhmer v Germany*⁸⁵⁵ ЕСЈП је поновио став изнет у случају *Minelli* и даље прецизирао да је за постојање кршења претпоставке невиности довољно и „да, у одсуству било каквог формалног налаза, постоји неко образложење које сугерише да суд или званичних сматрају оптуженог кривим“.

Подсећајући да ЕКЈП гарантује конкретна и делотворна, а не теоријска и илузорна права, ЕСЈП у предмету *Lavents v Latvia*⁸⁵⁶ посебно истиче да чињеница да се одређене изјаве дају у упитној или форми сумње није довољна да се направи отклон од кршења претпоставке невиности, јер се претпоставка невиности, као и остала права, штити на ефикасан начин. Даље напомиње да је за примену члана 6. став 2. важно „стварно значење одређених изјава, а не њихов дословни облик“.

У односу на питање начина обавештавања о вођењу истраге у одређеном предмету и против одређеног лица, ЕСЈП је заузео став да је могуће обавештавање о хапшењима и осумњиченима, али само докле се то чини на „дискретан и обазрив начин“.⁸⁵⁷

Поред наведених смерница о погледу заштите претпоставке невиности, ЕСЈП је заузео став да је утврђивање повреде претпоставке невиности могуће разматрати само у контексту околности конкретног случаја. Контекст околности случаја је од нарочитог значаја при процени кршења претпоставке невиности у изјавама јавних званичника. У предмету *Müller v Germany*⁸⁵⁸ ЕСЈП је упозорио националне судове да одлука о евентуалном кршењу претпоставке невиности због „несрећног избора речи“ зависи од природе и контекста одређеног поступка. Такође, подсећа да пракса ЕСЈП даје примере случајева у којима није било кршења претпоставке невиности, иако је „језик који су користиле домаће власти и судови критикован“. Као пример наведеног је одлука *Reeves v Norway*⁸⁵⁹ у којој ЕСЈП одбацује представку наводећи да није дошло до повреде претпоставке

⁸⁵⁵ *Böhmer v Germany*, ECtHR, Appl.no.37568/97, 3 October 2002, para 54

⁸⁵⁶ *Lavents v Latvia*, ECtHR, Appl.no. 58442/00, 28 November 2002, para 126

⁸⁵⁷ *Daktaras v. Lithuania*, ECtHR, Appl.no.42095/98, 10 October 2000, para 41

⁸⁵⁸ *Müller v Germany*, ECtHR, Appl.no 54963/08, 27 March 2014, para 46

⁸⁵⁹ *Reeves v Norway*, ECtHR, Decision as to the admissibility of Appl.no.4248/02, 8 July 2004

невиности, иако је потпуно неспорно да у одлуци суда први део спорне реченице представља „несрећан избор речи“ и да, уколико би се читао сам, свакако би представљао кршење претпоставке невиности. Ипак, ЕСЈП закључује да спорна реченица у целисти, као и преостали делови детаљног образложења у пресуди којом је окривљени ослобођен „не могу оставити никакву сумњу“ у погледу невиности окривљеног.

Слично је ЕСЈП сматрао и у предмету *A.L. v Germany*⁸⁶⁰ у ком је одлучивао о томе да ли је допис који је председавајући судија послао адвокату подносиоца представке представљао кршење претпоставке невиности или не. ЕСЈП је прво закључио да су „термини које је користио председавајући судија у спорном писму били двосмислени и незадовољавајући“, потом је утврдио да су више судске инстанце Немачке утврдиле да би свако алоцирање кривице на подносиоца представке представљало кршење претпоставке невиности. ЕСЈП коначно закључује да није постојало кршење претпоставке невиности из разлога што је писмо имало „ограничено спољно дејство“ и због чињенице да су домаћи судови исправно разматрали претпоставку невиности.

Са становишта изјава јавних званичника којима се може повредити претпоставка невиности, врло је интересантна пракса ЕСЈП у погледу изјава јавних тужилаца. Наиме, како је већ више пута истакнуто, са становишта претпоставке невиности, јавни тужиоци се налазе у веома „чудној“ позицији. Са једне стране, на њима је да докажу кривицу окривљеног, а са друге стране у својим поступцима, па и изјавама морају да поштују претпоставку невиности. О томе како пронаћи меру у изјавама које јавни тужилац даје јавности и на који начин јавни тужилац треба да наступа у јавности, изјашњавао се ЕСЈП у предмету *Fatullayev v. Azerbaijan*.⁸⁶¹ У овом предмету подносилац представке је био оснивач и уредник новина познатих по критици власти. Више пута је кривично гоњен због кривичног дела клевете. У конкретном случају, због објављеног текста, од стране јавног тужилаштва је био кривично гоњен за

⁸⁶⁰ *A.L. v Germany*, ECtHR, Appl.no.72758/01, 28 April 2005, para 38-39

⁸⁶¹ *Fatullayev v. Azerbaijan*, ECtHR, Appl.no.40984/07, 22 April 2010, para 160-162

кривично дело тероризма. Врховни тужилац се огласио поводом тог кривичног поступка и изјавио да спорни чланак у тексту садржи „терористичку претњу“. ЕСЉП је нашао повреду невиности окривљеног од стране врховног тужиоца указујући да је раније „доследно наглашавао важност избора речи од стране јавних званичника у њиховим изјавама“, као и да је врховни тужилац, „с обзиром на високу позицију био у обавези да покаже нарочиту пажњу у избору речи за описивање кривичног поступка који није у току“. ЕСЉП закључује да је изјава врховног тужиоца прејудицирала оцену чињеница од стране надлежног суда и тиме „охрабрила јавност да верује у кривицу подносиоца представке“, пре него што је то доказано у складу са законом.

Прва одлука ЕСЉП против Србије *Matijašević v Serbia*⁸⁶² тичала се управо претпоставке невиности. Наиме, подносилац представке је сматрао да је у односу на њега прекршена претпоставка невиности и то тако што га је Окружни суд у Новом Саду, током разматрања притвора прогласио кривим. Наиме, у образложењу одлуке о продужењу притвора, ЕСЉП је навео да је подносилац представке Милија Матијашевић „починио кривична дела која су предмет оптужбе“. Подносилац представке се жалио Врховном суду наводећи да му је повређена претпоставка невиности и тиме прејудициран исход поступка и захтевао је укидање одлуке и враћање на поновно одлучивање. Врховни суд се није освртао на ове наводе, размотрио је ранију осуђиваност окривљеног Матијашевића и одбио његову жалбу. Окривљени Матијашевић је потом осуђен у предметном поступку. Влада Републике Србије се бранила констатацијом да се у конкретном случају ради о очигледној грешци, тј. „непрецизној формулацији“ Окружног суда у Новом Саду. ЕСЉП је био истог мишљења као и подносилац представке да се у конкретном случају не може радити о грешци, из разлога што је „неопходно направити суштинску разлику“ између изјаве да је неко само осумњичен и објаве да је неко крив, пре правноснажне судске одлуке. Чињеница

⁸⁶² *Matijašević v Serbia*, ECtHR, Appl.no.23037/04, 19 September 2006, paras 25, 41, 46-51

да је подносилац представке на крају поступка оглашен кривим, није утицала на другачију одлуку ЕСЈП.⁸⁶³

Можемо да закључимо да се ЕСЈП у погледу кршења претпоставке невиности погрешним избором речи изјашњавао у великом броју предмета. Пракса ЕСЈП по овом питању је поприлично усаглашена, мада је тешко пратити, имајући у виду да се питање избора речи најчешће поставља као споредно питање у односу на централну тему којом се ЕСЈП бави. Ипак, из наведених пресуда се може закључити да је избор речи важан, како у вербалним наступима, тако и у писаним документима. У том смислу дате су смернице у погледу тога какав избор речи би могао да прекрши претпоставку невиности. То се, пре свега, односи на одлуке које нису осуђујуће пресуде, а којима се одражава мишљење да је окривљени крив. За ЕСЈП је при томе од значаја стварно значење одређених изјава у контексту околности конкретног случаја, а не дословни облик изјава. Дакле, и у погледу избора речи, као потенцијалног извора кршења претпоставке невиности, ЕСЈП полази од премисе да ЕКЈП штити практична и делотворна права, а не теоријска и илузорна права.

2.10. РЕПУТАЦИЈА И СТИГМАТИЗАЦИЈА ОКРИВЉЕНОГ

2.10.1. Дужност очувања репутације окривљеног

Изјаве судија, тужилаца и јавних званичника не представљају једини облик комуницирања са странкама у поступку и јавношћу. У току кривичног поступка могу се појавити различити облици симболичког комуницирања који, по својој специфичној природи, могу снажно да сугеришу кривицу окривљеног.

Поједини кривично процесни институти, као што је притвор или уобичајено поступање у просторијама суда, као што је обезбеђење окривљеног приликом уласка у судницу у виду везаних лисица на рукама, код јавности могу

⁸⁶³ Сличну аргументацију је ЕСЈП користио и у каснијем случају против Црне Горе, *Mugoša v Montenegro*, ЕСтНР, Appl.no.76522/12, 21 June 2016, para 68

да створе ефекат стигматизације и јак симболички утисак кривице окривљеног, пре окончања поступка. Стога, обавеза судија, тужилаца и других јавних званичника не зауставља се само на негативној обавези - да у својим изјавама не крше претпоставку невиности. Њихова обавеза је шира и подразумева позитивну обавезу - дужност очувања угледа, односно репутације окривљеног у свим фазама поступка, као и суздржавање од оних радњи које би могле да доведу до стварне или симболичке стигматизације окривљеног. Обавезе судија, тужилаца и осталих званичника на очувању угледа и репутације окривљеног превазилазе становиште да је претпоставка невиности пука процесна гаранција.⁸⁶⁴

Право на углед, односно репутацију, иако није изричито прописано ЕКЉП, у пракси ЕСЉП је прихваћено као део права на поштовање приватног и породичног живота из члана 8 ЕКЉП.⁸⁶⁵ Са друге стране, право на углед изричито је поменуто и у члану 10. ЕКЉП који се тиче слободе изражавања и то тако што је наведено да је слобода изражавања у демократском друштву заштићена, између осталог, и заштитом угледа или права других.

ЕКЉП не штити право на углед у ситуацији када је губитак угледа био „предвидива последица сопствених радњи, као што је на пример извршење кривичног дела“.⁸⁶⁶ Међутим, тек правноснажна пресуда којом се потврђује кривица окривљеног може да има дејство на углед, односно репутацију окривљеног. Сваки претходни облик сумње да је окривљени извршио кривично дело, као и чињеница вођења кривичног поступка против окривљеног, ни на који начин не смеју да утичу на углед, односно репутацију окривљеног, управо из разлога што су његов углед и репутација заштићени претпоставком невиности.

⁸⁶⁴ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 178

⁸⁶⁵ О заштити права на углед, као делу права на приватни и породични живот, видети више у предметима: *Axel Springer AG v. Germany*, ECtHR, Grand Chamber, Appl.no. 39954/08, 7 February 2012, para 83; *Chauvy and Others v. France*, ECtHR, Appl.no. 64915/01, 29 June 2004, para 70; *Pfeifer v. Austria*, ECtHR, Appl.no. 12556/03, 15 November 2007, para 35;

⁸⁶⁶ *Axel Springer AG v German*, ECtHR, Appl.no.39954/08, 7 February 2012, para 83; *Sidabras and Džiautas v Lithuania*, Appl.nos.55480/00 and 59330/00, 27 July 2004, para 49

Везу између претпоставке невиности и угледа окривљеног ЕСЈП је потврдио у предмету *Konstas v Greece*⁸⁶⁷ наводећи да „претпоставка невиности, као процесно право, служи као гаранција одбране, али у исто време помаже очувању части и достојанства окривљеног“.

Стигматизација окривљеног, без обзира на питање његове материјалне кривице или коначног исхода поступка, доводи до стварања слике окривљеног у друштву као „фактички кривог“.⁸⁶⁸ Поред тога што стигматизација води ка симболичком значењу фактичке кривице окривљеног, она може да произведе још један, по ток поступка неповољан ефекат. Наиме, стигматизација окривљеног, код шире јавности може да створи утисак да се кључне одлуке у погледу кривичног поступка – одлуке о кривици, доносе ван правосудних институција и правичног поступка. Односно, стигматизација окривљеног може да води ка урушавању поверења јавности у независност и непристрасност правосуђа.

2.10.2. Притвор и претпоставка невиности

Хапшење окривљеног и одређивање притвора су могући у кривичном поступку, а у последњих тридесетак година приметан је европски тренд повећања броја притвореника.⁸⁶⁹ ЕСЈП се у више наврата бавио питањем стигматизације и репутације окривљеног у односу на ког је одређен притвор. ЕСЈП је полазио од основе „да третман окривљеног не сме да има казнени карактер“⁸⁷⁰, нарочито у случајевима када је према окривљеном одређен неки облик лишења слободе, као што су хапшење, задржавање, притвор.

Притвор, као баланс између личне слободе и претпоставке невиности, са једне стране, и јавног интереса, са друге стране, представља изазов из угла заштите људских права. Тим пре што је право на слободу и сигурност ЕКЈП

⁸⁶⁷ *Konstas v Greece*, ЕctHR, App.no.53466/07, 24 May 2011, para 32

⁸⁶⁸ Т. Бугарски, *op.cit.*, стр. 346.

⁸⁶⁹ L. Stevens, *op.cit.*, pg 66.

⁸⁷⁰ *Erdem v Germany*, ЕCtHR, Appl.no.38321/97, 5 July 2001, para 49

најважније са становишта демократског друштва.⁸⁷¹ Стога се свака правна регулација питања притвора сусреће се „изазовима који делују неконзистентно са становишта петпоставке невиности, или са вредностима које претпоставка невиности носи.“⁸⁷²

ЕСЈП је развио базична правила у погледу начина одређивања, продужења и дужине трајања притвора. ЕСЈП полази од тога да притвор може бити одређен само уколико сврху није могуће постићи на други начин, уколико је складу са законом и уколико постоји разумна сумња.⁸⁷³ Дужина притвора треба да буде толика да се њоме остварује сврха одређивања притвора, а не било која друга сврха.⁸⁷⁴ Продужење притвора је дозвољено уколико је законито и уколико сврха не може бити постигнута алтернативним мерама.⁸⁷⁵

ЕСЈП обавезује државе да приликом одређивања, трајања и продужења притвора, поред свих околности „за“ и „против“ притвора, воде рачуна и о претпоставци невиности.⁸⁷⁶ Претпоставка невиности се, са становишта ЕСЈП, мора узети у обзир приликом процене да ли је дужина притвора разумна и да ли је дошло до повреде члана 5. ЕКЈП. О односу дужине трајања притвора и претпоставци невиности ЕСЈП се изјашњавао у више предмета⁸⁷⁷, али је свакако најзначајнији *Neumeister v Austria*.⁸⁷⁸ У овом предмету ЕСЈП је изричито навео да

⁸⁷¹ Теза о томе да је право на слободу и сигурност најважније са становишта демократског друштва ЕСЈП је изнео у одлукама *Medvedyev and Others v. France*, Appl.no.3394/03, 29 March 2010, para 76 и *Ladent v. Poland*, Appl.no.11036/03, 18 March 2008, para 45

⁸⁷² A. Duff, “Pre trial detention and the presumption of innocence”, in *Prevention and the Limits of Criminal Law*, ed. Andrew Ashworth, Lucia Zedner, Patric Tomlin, pg 120.

⁸⁷³ О разумној сумњи као услови за притвор ЕСЈП се изјашњавао у предметима *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, ECtHR, Appl.no.13237/17, 20 March 2018, para 124 и *Fernandes Pedroso v. Portugal*, ECtHR, Appl.no.59133/11, 12 June 2018, para 87

⁸⁷⁴ *A. and others v. the United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.3455/05, 19 February 2009, para 164 и *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, ECtHR, Appl. no. 10486/10, 20 December 2011, paras 117-19.

⁸⁷⁵ *Jablonski v Poland*, ECtHR, Appl.no.33492/96, 21 December 2000, para 83-84

⁸⁷⁶ *Clooth v Belgium*, ECtHR, Appl.no.12718/87, 27 November 1991, para 36 и *Labita v Italy* ECtHR, Appl.no.26772/95, 6 April 2000, paras 152-153

⁸⁷⁷ *Buzadji v Republic of Moldova*, ECtHR, Appl.no.23755/07, 5 July 2016, para 89-91 и *McKay v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.543/03, 3 October 2006, paras 41-43

⁸⁷⁸ *Neumeister v Austria*, ECtHR, Appl.no.1936/63, 27 June 1968, para 30

се „приликом оцењивања односа између казне и трајања притвора мора узети у обзир начело претпоставке невиности“. ЕСЈП је даље образложио да, уколико је дужина трајања притвора исувише слична дужини трајања казне која би се могла очекивати у случају осуђујуће пресуде, тада би ефекат претпоставке невиности био поништен.

Такође, ЕСЈП је, одлучујући о повреди права на слободу у случају притвора, сматрао да се питање притвора не може раздвојити од претпоставке невиности. То је учињено у случајевима против Пољске - *Frasik v. Poland*⁸⁷⁹ и *Jablonski v. Poland*⁸⁸⁰ када је ЕСЈП заузео став да претпоставка невиности обавезује националне судове да по правним лековима поднетим против одлуке о притвору одлучују хитно, без обзира на сложеност предмета, јер би свако одуговлачење у одлучивању могло да води ка закључку да суд, пре званичне одлуке, окривљеног сматра кривим.

У погледу начина на који се притвор, или други облик лишења слободе током поступка, спроводи ЕСЈП се изјаснио у контроверзној пресуди *Peers v Greece*.⁸⁸¹ У овом предмету ЕСЈП се изјашњавао о представи у којој је подносилац указивао на повреду претпоставке невиности из разлога што је он, као притвореник, био третиран на исти начин као и затвореници који се налазе на издржавању казне затвора.

ЕСЈП је био мишљења да у конкретном случају није дошло до повреде претпоставке невиности. Наиме, разлог за овакву одлуку је био једноставан. Наведено је да ЕКЈП не садржи одредбу по којој треба да постоји различит третман лица лишених слободе у притвору и лица лишених слободе на издржавању казне затвора након правноснажне пресуде. Овакво резонување ЕСЈП наишло је на значајну критику. Тако, Трешел⁸⁸² подсећа да је чланом 10 став 2а Међународног пакта о грађанским и политичким правима прописано да су

⁸⁷⁹ *Frasik v. Poland*, ECtHR, Appl.no.22933/02, 5 January 2010, para 63

⁸⁸⁰ *Jablonski v. Poland*, ECtHR, Appl. no. 33492/96, 21 December 2000, paras 91-93

⁸⁸¹ *Peers v Greece*, ECtHR, Appl.no. 28524/95, 19 April 2001, paras 76-78

⁸⁸² S. Trechsel, *op.cit.*, pg. 181

„окривљена лица, осим у изузетним случајевима, одвојена од осуђених лица и подвргнута посебном режиму који одговара њиховом статусу неосуђиваних лица“ истовремено критикујући ЕСЈП да није био свестан ове одредбе, као и обавезе елиминације сваке разлике која постоји у начину на који су људска права заштићена у различитим документима. Такође, Трешел је мишљења да просто констатовање да неко право није прописано ЕКЈП није довољан аргумент, имајући у виду настанак и развој имплицитних права. Можемо да закључимо да ЕСЈП није препознао описани третман притворених лица као третман који би могао да утиче на репутацију и углед притвореника, па самим тим и на претпоставку невиности. Имајући у виду раније изнете ставове ЕСЈП, у погледу односа репутације и претпоставке невиности, у најмању руку, пресуда *Peers v Greece* чини се необичном.

На основу изнетог, можемо да закључимо да ЕСЈП препознаје узрочно последичну везу између репутације и угледа окривљеног, са једне стране, и претпоставке невиности, са друге стране, али се истовремено може закључити да ову узрочно последичну везу недоследно примењује. Такође, треба имати на уму и чињеницу да ЕСЈП нема разрађену праксу којом би везивао члан 3. ЕКЈП који прописује забрану мучења у виду нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања за претпоставку невиности из члана 6. став 2. ЕКЈП.

У случају да окривљени, у односу на кога је био одређен притвор, буде правноснажно ослобођен или поступак против њега буде правноснажно окончан, поставља се питање да ли окривљени има право на накнаду штете. Ово питање је значајно из разлога што, од тренутка правноснажности пресуде којом окривљени ослобођен, претпоставка невиности, као процесна хипотеза, престаје да постоји и прераста у фактичку невиност. Са друге стране, уколико је поступак правноснажно обустављен, претпоставка невиности окривљеног наставља да постоји и након окончања поступка. У односу на окривљене из обе описане ситуације, боравак у притвору током трајања поступка, може се чинити врстом казне.

ЕСЈП имао прилику да се о наведеном изјашњава у предмету *Englert v Germany*.⁸⁸³ ЕСЈП је нашао да претпоставка невиности, нити било која друга одредба ЕКЈП „не даје право окривљеном на накнаду због законитог притвора у случају обуставе поступка“. Даље се наводи да би до повреде претпоставке невиности дошло уколико би национални суд одбио да изврши накнаду због притвора у случају правноснажног окончања поступка, а то образложио даљим постојањем сумње у односу на окривљеног. У каснијем предмету *Sekanina v Austria*⁸⁸⁴ ЕСЈП је потврдио овакав став препознајући као повреду претпоставке невиности чињеницу да се, одлучујући о одшети окривљеном, аустријски суд упустио у процену кривице окривљеног.

У предмету *Vlieeland Boddy and Marcelo Lanni v Spain*⁸⁸⁵ подносиоци притужбе су сматрали да је повређена њихова претпоставка невиности из разлога што су током поступка били у притвору, а поступак је окончан тако што је један окривљени Боди ослобођен, а у односу на другог Ланија је оптужба одбијена. Њихови захтеви за накнаду штете су одбијени од стране шпанских судова. ЕСЈП је закључио да је у конкретном случају шпански суд повредио претпоставку невиности окривљених, иако је подсетио да члан 6. став 2., нити било која друга одредба Конвенције, не даје право на репарацију окривљенима за законит притвор. Ипак, ЕСЈП је сматрао да је у конкретном случају, због одбијања репарације дошло до повреде претпоставке невиности, а из разлога начина на који је одбијање репарације било образложено од стране шпанских судова. Наиме, окривљени Боди је ослобођен на основу примене *in dubio pro reo*, па је његов захтев за репарацију одбијен уз образложење да је ослобођен због недостатка доказа, а не због објективног или субјективног непостојања кривичног дела. ЕСЈП је сматрао да наведено образложење представља повреду претпоставке невиности, јер „у примени начела *in dubio pro reo*, не сме постојати квалитативна разлика између ослобађајуће пресуде засноване на недостатку доказа и

⁸⁸³ *Englert v Germany*, ECtHR, Appl.no.10282/83, 25 August 1987, para 36,37

⁸⁸⁴ *Sekanina v Austria*, ECtHR, Appl.no. 13126/87, 25 August 1993, para 29,30

⁸⁸⁵ *Vlieeland Boddy and Marcelo Lanni v Spain*, ECtHR, Appl.no. 53465/11, 9634/12, 16 February 2016, para 37-49

ослобађајуће пресуде која произлази из неоспорног закључка о невиности“.⁸⁸⁶ Што се тиче окривљеног Ланија, у односу на кога је поступак обустављен, ЕСЉП је такође закључио да је дошло до повреде његове невиности, из разлога што је образложење за обијање компензације садржало аргумент да окривљени није ослобођен пресудом.⁸⁸⁷

Слично је ЕСЉП потврдио у ранијој одлуци *Carreau v Belgium*⁸⁸⁸ у којој је утврдио повреду претпоставке невиности јер је белгијски суд одбио да призна накнаду штете због притвора, из разлога што окривљени није доставио доказе у прилог своје невиности.

2.10.3. Безбедносне мере у односу на окривљеног и симболички третман окривљеног

Директива ЕУ о јачању претпоставке невиности и праву окривљеног да присуствује суђењима 2016/343 обавезује земље чланице ЕУ на извесна ограничења у примени безбедносних мера у односу на окривљеног пре и током суђења. Ова Директива у члану 20. прописује да надлежни органи треба да се суздрже од представљања окривљених у јавности употребом мера физичког ограничења, као што су лисице, стаклене кутије и окови за ноге, изузев уколико је употреба таквих мера неопходна због специфичности случаја. Такође, документ *Amnesty International Fair Trials Manual*⁸⁸⁹ у тачки 15.3. наводи да су државе у обавези да обрате посебну пажњу да окривљени током поступка „не сноси никакве атрибуте кривице, што би могло утицати на његову претпоставку невиности“. Сходно овом документу, држање окривљеног у посебној ћелији у судници, током суђења, представља такав атрибут.

⁸⁸⁶ *Vlieeland Boddy and Marcelo Lanni v Spain*, ECtHR, Appl.no. 53465/11, 9634/12, 16 february 2016, para 40

⁸⁸⁷ *Vlieeland Boddy and Marcelo Lanni v Spain*, ECtHR, Appl.no. 53465/11, 9634/12, 16 february 2016, para 37

⁸⁸⁸ *Carreau v Belgium*, ECtHR; Appl.no.42914/98 13 January 2005, para 25

⁸⁸⁹ Amnesty International Fair Trials Manual, доступно на <https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/pol300021998en.pdf>

Директива обавезује државе чланице ЕУ на ограничавање у примени безбедносних мера у односу на окривљена лица, односно посебну обавезу, у погледу начина третмана окривљеног, ради спречавања симболичког стварања утиска о кривици окривљеног.

Међутим, не би се могло са сигурношћу потврдити да је пракса ЕСЈП на истом нивоу стандарда успостављених Директивом. Наиме, ретки су предмети у којима је ЕСЈП успоставио везу између начина примене безбедносних мера или симболичког третмана окривљеног и претпоставке невиности. Један од ретких предмета је *Samoilă et Cionca c. Roumanie*.⁸⁹⁰ У конкретном случају, подносилац представке је био окривљени и на суђење, ком је присуствовала јавност, је изведен у униформи лица која се налазе на издржавању казне затвора. ЕСЈП је нашао да је у конкретном случају дошло до повреде претпоставке невиности подносиоца представке из члана 6. став 2. ЕКЈП, из разлога што је таква пракса била „лишена било каквог оправдања и могла је код јавности да створи или ојача утисак да је окривљени крив“.⁸⁹¹

Пар година касније, предмету *Jiga v Romania*⁸⁹² ЕСЈП је поновио исти став. Наиме, у конкретном случају подносилац представке је био принуђен да се пред судом појави у затворској униформи и везан лисицама у судници. Другом саопштеном у истом поступку било је дозвољено да носи своју одећу. ЕСЈП се позвао на случај *Samoilă et Cionca c. Roumanie* и нашао да је постојало кршење претпоставке невиности подносиоца представке, јер није постојало ниједно оправдање за такво поступање државе, тим пре што је подносиоцу представке нанета посебна штета због чињенице да је направљена разлика у одећи између њега и другог саопштеног, јер је „имиц подносиоца представке у затворској одећи могао да учврсти утисак његове кривице у јавном мњењу“.

⁸⁹⁰ *Samoila et Cionca c Roumanie*, ECtHR, Req.no.33065/03, 4 mars 2008, para 99-101

⁸⁹¹ *Samoila et Cionca c Roumanie*, ECtHR, Req.no.33065/03, 4 mars 2008, para 100

⁸⁹² *Jiga v Romania*, ECtHR, Req.no. 14352/04, 16 March 2010, para 101-103

У предмету *Svinarenko and Slyadnev v Russia*⁸⁹³ ЕСЈП је констатовао да је заточење подносилаца представке у кавезу током суђења, попут „мајмуна у зоолошком врту“, значило да „подносиоци представке нису могли имати правично суђење поштујући начело претпоставке невиности“.⁸⁹⁴ Међутим, иако је ЕСЈП у овом предмету изричито поменуо кршење претпоставке невиности, ипак није донео одлуку о повреди члана 6. став 2. ЕКЈП, већ је утврдио повреду члана 3. ЕКЈП дефинишући поступање државе као понижавајуће у односу на подносиоце представке.

У предмету скоријег датума *Urazov v Russia*⁸⁹⁵, Суд је поново имао прилику да одлучује о евентуалној повреди права окривљеног који је заточен у кавезу током суђења. Као и у претходном случају, ЕСЈП је утврдио повреду члана 3. ЕКЈП, налазећи да је држава у односу на подносиоца представке поступала понижавајуће. Потом се ЕСЈП осврнуо на питање евентуалне повреде претпоставке невиности из члана 6. став 2. ЕКЈП и констатовао да је „подносилац представке морао имати објективно оправдане страхове да би његово излагање у кавезу током саслушања у његовом случају пренело негативну слику о њему“ и да су судије у обавези да се суздрже од приме таквих екстремних физичких ограничења. Ипак, ЕСЈП је био мишљења да није неопходно посебно разматрати жалбу подносиоца представке на основу члана 6. став 2. ЕКЈП у ситуацији када је већ утврђена повреда члана 3. ЕКЈП.

2.10.4. Репутација окривљеног - поступци у току и признање које не може да се користи као доказ

Чињеница да се против окривљеног воде други поступци за истоврсна кривична дела неретко су судови користили као отежавајућу околност. Такође, чињеница да је окривљени у некој од фаза поступка дао „признање“ које се не

⁸⁹³ *Svinarenko and Slyadnev v Russia*, ECtHR, App. nos. 32541/08 and 43441/08, 17 July 2014, para 107-109, 139

⁸⁹⁴ *Svinarenko and Slyadnev v Russia*, ECtHR, App. nos. 32541/08 and 43441/08, 17 July 2014, para 107

⁸⁹⁵ *Urazov v Russia*, ECtHR, Appl.no.42147/05, 14 June 2016, para 91

може да се користи као доказ, од стране националних судова употребљавано је као основ за опозив ранијих судских одлука. ЕСЉП се о овој и сличним праксама изјашњавао у контексту кршења претпоставке невиности.

У предмету *Hajnal v Serbia*⁸⁹⁶ суд у Суботици је осудио на казну затвора и као отежавајућу околност окривљеном узео чињеницу да се против њега у том тренутку паралелно водило шест поступака. ЕСЉП је навео да само правноснажна осуда неког лица може бити узета као отежавајућа околност, а све из разлога што би узимање текућих поступака за отежавајућу околност, представљало прејудуцирање кривице окривљеног у тим поступцима, па самим тим и кршење претпоставке невиности окривљеног.

У новијем предмету *Bikas v Germany*⁸⁹⁷ немачки суд је, као отежавајућу околност у односу на окривљеног, узео 50 ранијих сексуалних престапа окривљеног у односу на које је поступак прекинут. Подносилац представке је тврдио да је национални суд прекршио његову претпоставку невиности када је у образложењу пресуде навео да је „убеђен“ да је окривљени извршио и друга кривична дела. ЕСЉП је нашао да није дошло до кршења претпоставке невиности окривљеног из два разлога. Прво, због чињенице да се претпоставка невиности не примењује у поступку одмеравања казне. Друго, ЕСЉП је мишљења да је предметном пресудом немачки суд заправо обухватио и 50 ранијих сексуалних престапа односу на које се примењује нижи стандард доказивања према националном законодавству.

У другом случају *El Kaada v Germany*⁸⁹⁸ подносилац представке је без присуства адвоката признао извршење кривичног дела пред полицијом. Накнадно је у поступку негирао извршење кривичног дела и оспорио раније дато признање. Међутим, неколико година раније њему је у другом поступку била изречена условна осуда. Чињеница да је постојало предметно признање искоришћена је против окривљеног, као основ за опозив раније изречене условне осуде. ЕСЉП је

⁸⁹⁶ *Hajnal v Serbia*, ECtHR, Appl.no.36937/06, 19 Jun 2012, para 130-132

⁸⁹⁷ *Bikas v Germany*, ECtHR, Appl.no.76607/13, 25 January 2018, para 57-61

⁸⁹⁸ *El Kaada v Germany*, ECtHR, Appl.no. 2130/10, 12 November 2015, para 52-66

раније у бројним предметима закључио да члан 6. не утврђује правила о допуштености доказа, јер је то ствар националног законодавства.⁸⁹⁹ Дакле, не улазећи у питање допуштености доказа у поступку опозива условне осуде, ЕСЉП је закључио да је до повреде претпоставке невиности дошло. ЕСЉП је сматрао да је претпоставка прекршена због начина на који је образложена одлука опозива у делу који се односи на прихватање признања и то из поступка који није окончан правноснажном одлуком, чиме је прејудицирана кривица окривљеног.

Из наведеног сумарног приказа пресуда може се закључити само једно: а то је да се пракса ЕСЉП, по питању претпоставке невиности и поступака у току, не може сматрати доследном.

2.11. МЕДИЈИ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ

2.11.1. Правна регулација

Однос медија и правосуђа је незаобилазна тема у савременом друштву. Развој медија, од новина, преко телевизије, до друштвених мрежа омогућио је да информације о раду правосуђа и конкретним суђењима до јавности стижу брже. На тај начин унапређена је слобода изражавања у демократском друштву, као и право грађана да буду информисани о питањима од јавног интереса. Са друге стране, појавио се и ризик да у јакој конкуренцији, комерцијално или политички мотивисаној, медији почну да прибегавају сензационализму у извештавању. Тада се дешава да ауторитет правосуђа бива замењен ауторитетом „суда јавног мњења“,⁹⁰⁰ чиме се урушавају основе владавине права.

Кривична суђења су под посебном лупом јавности из два разлога. Прво из разлога што кривична дела и насиље у медијима привлаче читаоце.⁹⁰¹ Друго, из

⁸⁹⁹ Види, нпр. одлуке: *Schenk v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.10862/84, 12 July 1988., para 45-46 и *Teixeira de Castro v Portugal*, ECtHR, Appl.nos. 44/1997/828/1034, 9 June 1998, para 34.

⁹⁰⁰ G. Resta, *op.cit.*, pg 15.

⁹⁰¹ G. Gerbner „TV violence and what to do about it”, *Nieman Reports*, Fall 1996, pg 10–12 и D. Chadee, M. Chadee, „Media and Fear of Crime, An Integrative Model“, in: Derek Chadee (Ed)

разлога што се медијска пажња усмерена ка кривичним поступцима сматра обликом манифестације демократије у једном друштву, јер се на тај начин „негују гаранције које постоје у односу на могуће грешке правосуђа“.⁹⁰²

И правосуђе и медији комуницирају са јавношћу, међутим, филозофски посматрано, они нуде два потпуно различита система комуникације.⁹⁰³ Док је „правна порука“ фокусирана на правну регулацију одређеног догађаја и трага за јасном дихотомијом законито/незаконито, односно дозвољено/недозвољено, медијска порука је усмерена интерпретацију одређеног догађаја у дихотомији да ли се тај догађај може квалификовати да постане информација или не, дакле у дихотомији информација/није информација, у зависности од тога да ли је довољно важно, занимљиво, пријемчиво.

Због различите природе порука које се одашиљу према јавности, из угла права, медијска информација неретко делује као нетачна, површна, поједностављена, сензационалистичка или манипулативна.⁹⁰⁴ Међутим, обе поруке имају значајан друштвени значај. Поруке правосуђа друштвени значај остварују у сфери права јавности да зна, а последично и демократске контроле рада правосудних органа. Са друге стране, поруке медија представљају „пса чувара јавности“⁹⁰⁵ који, не само да има задатак да преноси информације и идеје о свим питањима од јавног интереса, већ и јавност има право да те информације прими.⁹⁰⁶

Сустрет правосуђа и медија и судар порука које они носе, на први поглед може да делује као конкурентски, контрадикторан и непомирљив. Стога овај

Psychology of Fear, Crime and the Media, International Perspectives, Routledge, New York, 2016, 58-78, pg 58.

⁹⁰² G. Resta, *op.cit.*, pg 19.

⁹⁰³ G. Resta, *op.cit.*, pg 20.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, pg 20.

⁹⁰⁵ *Thoma v Luxembourg*, ECtHR, Appl.no.38432/97, 29 March 2001, para 45

⁹⁰⁶ Слично ЕСЈП закључује и у предметима: *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, ECtHR, Appl.no.13778/88, 25 June 1992, para 63 и *Bladet Tromsø and Stensaas v Norway*, ECtHR, Appl.no. 21980/93, 20 May 1999, para 62

сусрет и јесте праћен неразумевањем и „одмеравањем снага“ са обе стране. ЕСЈП се у великом броју предмета бавио питањем односа медија и правосуђа и развио богату праксу која даје смернице судовима на који начин треба да поступају у односу на медије ради постизања баланса у примени права и спречавања ситуација у којима би медијско извештавање и публицитет могли да утичу на правичност суђења и на претпоставку невиности. Уједно, ЕСЈП јасно дефинише под којим условима држава може да задире у слободу медија, под изговором заштите процесних права или ауторитета правосуђа. Правно гледано, ЕСЈП је одлучивао о сукобу два права из ЕКЈП – права на слободу изражавања из члана 10. и права на правично суђење из члана 6.

Чланом 10. став 1. ЕКЈП прописано је, између осталог, да свако има право на слободу изражавања, без мешања јавне власти и без обзира на границе. Ставом 2. прописано је да коришћење слободе изражавања „повлачи за собом дужности и одговорности“ и да може бити подвргнуто „формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву“ и у интересу, између осталог и „заштите угледа или права других“ и „очувања ауторитета и непристрасности судства“.

Из наведеног произилази да медији имају слободу, право и дужност извештавања о преткривичним или кривичним поступцима, као и то да јавност има право да те информације прими.⁹⁰⁷ Вођење кривичног поступка не може да представља тајну и да буде недоступно јавности, из разлога што се кривични поступци и воде у јавном интересу. Са друге стране, медији су у поступку извештавања о преткривичним или кривичним поступцима везани заштитом угледа и права свих учесника поступка, али и очувањем ауторитета и непристрасности судства. Како претпоставка невиности представља процесно право окривљеног, али је истовремено и блиско везана са појмом непристрасности суда, тј. без претпоставке невиности нема ни непристрасности и обрнуто, можемо

⁹⁰⁷ О праву јавности да буде обавештена о току кривичног поступка видети више у: И. Илић, „Претпоставка невиности окривљеног и право на јавно информисање“, *Зборник Правног факултета у Нишу, Тематски број Медији и људска права*, 61/2012, 572-586, стр. 578

закључити да су медији приликом извештавања о поступцима у целости везани претпоставком невиности. Такође, у демократском друштву ауторитет правосуђа извире управо из његове непристрасности и гарантовања процесних права и људских права у судским поступцима, тако да се може рећи да је и ауторитет судства у демократском друштву директно везан са претпоставком невиности.

Стога, може се закључити да интенција ЕКЉП није да изузме судове и окривљеног од медијског извештавања и лупе јавности, чак напротив, информације о раду правосуђа, као и о ономе што се окривљеном ставља на терет представљају информацију од јавног значаја за једно друштво. Ограничење медија у односу на окривљеног и рад судова треба да постоји само у оној мери у којој је то неопходно у демократском друштву и, при том, не нарушава сврху постојања слободе извештавања. Задирање у слободу изражавања у демократском друштву је прецизно разрађено у пракси ЕСЉП и садржи неколико елемената о којима је потребно водити рачуна:⁹⁰⁸ нужна друштвена потреба (*pressing social need*)⁹⁰⁹; начело сразмерности⁹¹⁰; релевантни и довољни разлози.

Питање релевантних и довољних разлога за задирање у слободу изражавања и извештавања од стране медија разматрано је у случају *Sunday Times v The United Kingdom*⁹¹¹ у ком предмету је употребљен термин *trial by newspaper* који је претходно коришћен у Дому лордова у Великој Британији. Овај термин је касније, због промене врсте медија у јавном информисању преименован у *trial by media*. У овом предмету ЕСЉП оправдава забринутост представника Дома лордова да ауторитет судства може да буде угрожен медијским новинским извештавањем које се врши у таквом маниру да заправо представља „суђење у новинама“. ЕСЉП даље закључује да ако се питања о којима расправља суд у медијима третирају на такав начин да „наведу јавност да унапред формира свој

⁹⁰⁸ В. Беширевић *et al.*, *op.cit.*, стр. 280-293.

⁹⁰⁹ Видети више о појму “*pressing social need*” у: *Sunday Times v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.6538/74, 26 April 1979, para 62

⁹¹⁰ Видети више у: *Tolstoy Miloslavsky v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.18139/91, 13 July 1995, para 49

⁹¹¹ *Sunday Times v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.6538/74, 26 April 1979, para 63

закључак... у спектаклу псеудо суђења“, тада се може изгубити поверење у правосуђе.

Trial by media је потом прихваћен као фраза, како у јавном дискурсу, тако и у социолошкој и правној теорији. Социолошка теорија медија, нарочито она која је развијана крајем 20. и почетком 21. века допринела је бољем разумевању утицаја медија на друштво, појединца, па и правосудни систем. У друштвену теорију се уводе појмови савременог доба као информационог доба, појам постмодерне визије *хиперреалности*⁹¹², као и појам *cyberspace*.⁹¹³ Сви наведени појмови постали су саставни део савременог дискурса и од значаја су и за правну регулацију и разумевање улоге медија у извештавању о раду судова, нарочито у сфери кривичног права.

Појам *trial by media* је у скорије време постао недовољан за дефинисање улоге друштвених мрежа у слободи изражавања о судским поступцима, тако да се, у јавном дискурсу у скорије време употребљава и термин *trial by social media*⁹¹⁴

⁹¹² Појам хиперреалности у социолошкој теорији разрадио је Жан Бодријар у делу *Симулакрум и симулација*. Жан Бодријар, *Симулакрум и симулација*, Светови, Нови Сад, 1991

⁹¹³ Појам *cyberspace* је дошао из света уметности. Први пут је употребљен од стране скандинавских визуелних уметника, а двадесетак година касније појам је употребљен од стране књижевника Wiliam Gibson у science fiction причи *Neuromancer*. Појам *cyberspace* је данас прихваћен у савременом дискурсу и користи се, како у свакодневном говору, тако и у званичним владиним документима. У теорији појам *cyberspace* дефинисан је као „бескрајан вештачки свет по коме се људи крећу у простору заснованом на информацијама“ - Benedict Michael, ed, *Cyberspace: First steps*, MIT Press, Cambridge, 1991, pg 5.

⁹¹⁴ Актуелан случај *trial by social media* је случај покрета *Me Too* чији је циљ подизање свести о забрињавајућој распрострањености сексуалног узнемиравања жена у савременом друштву. Овај покрет је постао виралан на друштвеним мрежама и означен је хаштагом. Позиву покрета одговориле су бројне јавне личности именујући појединце (јавне личности) који су их сексуално узнемиравали. Као резултат покрета, велики број људи је јавно медијски оптужено да су извршили најтежа кривична дела. Једна од последица снаге коју је покрет добио је и позив медијима глумице Rose McGowan, која је и сама обелоданила јавности да је жртва силовања, да престану да људе чија имена су обелодањена као имена силоватеља називају „наводим учиниоцима кривичних дела“. Видети више у: [Rolling stone, Rose McGowan tells media at 'me too' roundtable: stop using the word 'alleged'](https://www.rollingstone.com/culture/culture-news/rose-mcgowan-tells-media-at-me-too-roundtable-stop-using-the-word-alleged-202142/), 20.12.2017., доступно на <https://www.rollingstone.com/culture/culture-news/rose-mcgowan-tells-media-at-me-too-roundtable-stop-using-the-word-alleged-202142/>

Деловање покрета је примарно у сфери медија и ван правне регулативе. Снажна медијска кампања која је превазишла границе држава и попримила снажну популистичку ноту, постала је изазов за правну регулацију и претпоставку невиности лица која су „медијски оптужена“. Искристалисано је неколико разлога за забринутост: медијска кампања не дозволљава сумњу у истинитост изнетих тврдњи жртава, нити заштиту права лица која су именована као учиниоци

који описује „суђење“ од стране појединаца, корисника друштвених мрежа које не познају границе и не подлежу регулативима медија.

Једна од дефиниција *trial by media* изнета од стране теоретичара Greer и McLaughlin⁹¹⁵ је: „динамичан процес вођен медијима, под чијим утицајем су појединци.....’суђени и осуђени’ у суду јавног мњења“. Начини оваквог „суђења“ могу бити различити, као на пример „пре пресуђење исхода формалног кривичног поступка“. Имајући у виду овакву теоријску дефиницију, постаје јасно да *trial by media*, а нарочито *trial by social media*, представљају један од најважнијих изазова по претпоставку невиности у савременом друштву.

Имајући у виду изазове медијског извештавања по претпоставку невиности, различита међународна тела, нарочито у оквиру Савета Европе су донела бројне препоруке. Једна од најважнијих је Препорука о медијској дистрибуцији информација о кривичном поступку R(2003)13 од 10.07.2003.⁹¹⁶ У овом документу Комитет министара Савета Европе подсећа на обавезу на поштовање приватног и породичног живота, права на правично суђење и претпоставку невиности. У погледу претпоставке невиности, Комитет министара сматра да „мишљења и информације које се тичу текућих поступака треба да буду саопштени или дистрибуирани само путем медија, ако то не прејудицира претпоставку невиности осумњиченог или оптуженог“.⁹¹⁷ У коментару препорука, Комитет министра објашњава да се претпоставка невиности првенствено односи на правосудне органе. Ипак, спровођење правде, као јавни интерес захтева да се претпоставка невиности не подређује мишљењима и информацијама у медијима.

кривичних дела, а садржи и елементе пристрасности на основу пола и рода. О разлозима за забринутост видети више у: World Socialist Web Site, *The #MeToo campaign versus the presumption of innocence*, 05.10.2018. <https://www.wsws.org/en/articles/2018/10/05/inno-o05.html>

⁹¹⁵ Chris Greer and Eugene McLaughlin, "Trial by media: Policing, the 24-7 news mediasphere and the politics of outrage", *Theoretical Criminology*, 15(1), 2011, 23-46, pg 29

⁹¹⁶ CM/Rec (2003)13, On the provision of information through the media in relation to criminal proceedings, 10 July 2003.

⁹¹⁷ CM/Rec(2003)13, pg 2

Тела Савета Европе Консултативно веће европских судија и Консултативно веће европских тужилаца донели су мишљења којима су препоручили судијама и тужиоцима поступање са медијима.

Консултативно веће европских судија је у мишљењу број 7 „Правда и друштво“⁹¹⁸ потврдило улогу медија у демократском друштву као „чувара демократије“ наводећи са медији понекад могу ометати приватност људи и нанети штету њиховој репутацији. Такође, Веће указује на потребу медија за сензационалним причама у комерцијалној конкуренцији, што носи ризик од грешака и указује на праксу да су у кривичним предметима окривљени медијски представљени као криви за кривична дела, пре правноснажне пресуде. Такво поступање медија наноси непоправљиву штету окривљенима, без обзира на исход поступка. У том смислу, Веће препоручује судовима да поступају у складу са праксом Европског суда за људска права и да „постигну равнотежу између супротстављених вредности заштите људског достојанства, приватности, угледа и претпоставке невиности с једне стране, и слобода информисања с друге стране“.

Консултативно веће европских тужилаца је донело мишљење број 8 „О релацији између тужилаца и медија“.⁹¹⁹ У основним начелима Консултативно веће истиче начело заштите права „појединаца, посебно окривљених и оштећених (укључујући право на достојанство, приватни живот и безбедност личност, као и на претпоставку невиности)“. Имајући у виду постављена начела, Консултативно веће издало је четири препоруке тужиоцима. Прво, да буду нарочито пажљиви када су у питању право на одбрану, слобода изражавања, претпоставка невиности и право на информисање. Друго, да у комуникацијама у којима учествују треба да осигурају да не дође до угрожавања права одбране ширењем преурањених информација и ускраћивањем могућности одбрани да одговори на те

⁹¹⁸ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE) OPINION No. 7 (2005) OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE) TO THE ATTENTION OF THE COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE ON “JUSTICE AND SOCIETY” adopted by the CCJE at its 6th meeting (Strasbourg, 23-25 November 2005), para 51-52

⁹¹⁹ OPINION (2013) No. 8 OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN PROSECUTORS ON RELATIONS BETWEEN PROSECUTORS AND THE MEDIA adopted by the CCPE at its 8th plenary meeting (Yerevan, 8-9 October 2013)

информације, јер давање информација не би требало да наруши право појединца на правично суђење. Треће, да тужиоци у комуникацијама у којима учествују треба да избегну угрожавање безбедности укључених лица, попут сведока, оштећених или судија. Четврто, потребно је успоставити равнотежу, уз поштовање претпоставке невиности, између интереса јавности да добије информације и заштите части и интегритета личности. Јавни тужиоци треба да воде рачуна да притворено лице не буде јавно изложено радозналости медија и да лица која су укључена у предмет буду заштићена од медија на тај начин да отклоне сваки ризик од узнемиравања од стране медија.

У односу на медије, најзначајнији документ је Резолуција 1003 (1993) Скупштине Савета Европе под насловом „Етика новинарства“.⁹²⁰ У овом документу који има за амбицију да буде примењен у новинарској професији широм Европе, под тачком 22 дефинисан је однос новинара према претпоставци невиности. Резолуција прописује да у новинарству свака информација и мишљење морају да буду у складу са претпоставком невиности и новинари се морају суздржати од прејудуцирања исхода поступка.

Питање односа медија према претпоставци невиности разрађено је и Декларацијом Комитета министара Савета Европе „О пружању информација о кривичним поступцима путем медија“.⁹²¹ У овом документу Комитет министара подсећа да је претпоставка невиности саставни део права на правично суђење и да је, сходно томе, допуштено изношење, преношење или ширење информација које се односе на кривичне поступке само када то не иде на уштрб претпоставци невиности осумњиченог или окривљеног.

⁹²⁰ Resolution 1003 (1993) Ethics of journalism, Assembly debate on 1 July 1993 (42nd Sitting) (see [Doc.6854](#), report of the Committee on Culture and Education, Rapporteur: Mr Núñez Encabo). Text adopted by the Assembly on 1 July 1993 (42nd Sitting).

⁹²¹ COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS, DECLARATION on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings (Adopted by the Committee of Ministers on 10 July 2003 at the 848th meeting of the Ministers' Deputies), доступно на <https://rm.coe.int/16805df58e>

2.11.2. Претпоставка невиности и медији у пракси ЕСЉП

2.11.2.1. Вагање између слободе изражавања и претпоставке невиности

Предмет *Worm v Austria*⁹²² је један од најзначајнијих предмета у којима је ЕСЉП разматрао питање односа слобода изражавања и слободе штампе, у односу на претпоставку невиности. У конкретном случају ЕСЉП је одлучивао да ли је Аустрија повредила слободу изражавања новинара када га је огласила одговорним за утицај на кривични поступак. Наиме, новинар је објавио чланак, који се тицао кривичног поступка за пореску утају против Андроша, бившег министра финансија. У тексту је наведено да је окривљени годинама избегавао кривичну одговорност због ревносне послушности надлежних и да оцена предмета не дозвољава ниједан други закључак, сем да је Андрош утајио порез. По мишљењу ЕСЉП новинар се изражавао у апсолутним, а не релативним терминима и изрекао је јасно мишљење о кривици окривљеног, из чега се може закључити да би сваки други закључак аустријског суда био погрешан. ЕСЉП је утврдио да у конкретном случају није дошло до повреде члана 10 ЕКЉП, али је предмет значајан и због начина на који суд изводи овакав закључак.

ЕСЉП се прво запитао да ли су у конкретном случају испуњени услови за задирање у слободу изражавања, и то: да ли је задирање било прописано законом; у складу са легитимним циљем и неопходно у демократском друштву. Такође је разматрао питање појма ауторитета правосуђа и нашао је да овај појам значи „прихватање судова, од стране јавности, као правног форума за решавање правних спорова и утврђивање кривице или невиности, као и поверење јавности у способност судова да испуне ту функцију.“⁹²³ На крају, ЕСЉП је разматрао и питање претпоставке невиности, између осталог, и из угла питања ауторитета правосуђа. ЕСЉП је закључио да ограничавање слободе изражавања у циљу очувања ауторитета и непристрасности правосуђа, не овлашћује државе да ограниче јавне дискусије у питањима која се појављују пред судом. ЕСЉП овај

⁹²² *Worm v Austria*, ECtHR, Appl.no.83/1996/702/894, 29 August 1997, paras 40, 50.

⁹²³ *Worm v Austria*, ECtHR, Appl.no.83/1996/702/894, 29 August 1997, para 40

закључак образлаже речима: „опште је познато да судови не делују у вакууму. Иако су судови форум за утврђивање кривице или невиности ... то не значи да не може бити претходне или истовремене расправе о кривичном суђењу на другом месту, као што су специјализовани часописи, општа штампа или шира јавност“⁹²⁴ Дакле, сходно ЕСЉП, неспорно је да ограничавање јавне дискусије, у циљу одржавања ауторитета судова, није допуштено. Јавна дискусија, посебно уколико су окривљени јавне личности, је нужна у демократском друштву, али границу те јавне дискусије чини управо претпоставка невиности. Претпоставка невиности, стога не може бити основ за искључење сваке дискусије у медијима, већ само основ за ограничење дискусије.

У предмету *Du Roy and Malaurie v. France*,⁹²⁵ у ком је такође одлучивано о повреди слободе изражавања, ЕСЉП је подсетио да штампа игра кључну улогу у демократском друштву, а да слобода новинара обухвата и могуће прибегавање одређеном степену претеривања или провокације,⁹²⁶ као и то да „новинари који извештавају о кривичним поступцима који се тренутно одвијају не смеју прелазити границе наметнуте у интересу правилног спровођења правде и дужни су да поштују право оптуженог да се сматра невиним“.⁹²⁷ Ипак, посебно је наглашено да држава не сме да злоупотребљава право на задирање у слободу изражавања и да отежава медијима да информишу јавност.

Један од најинтересантнијих предмета са становишта слободе штампе и спровођења правде је предмет *Dupuis v France*.⁹²⁸ У овом предмету подносиоци представке су били новинари који су од стране француских судова кажњени за прибављање и објављивање информација из преткривичног поступка затвореног за јавност. Наиме, они су извештавали о поступцима нелегалног прислушкивања грађана од стране антитерористичке јединице креиране од стране председника

⁹²⁴ *Worm v Austria*, ECtHR, Appl.no.83/1996/702/894, 29 August 1997, para 50

⁹²⁵ *Du Roy and Malaurie v. France*, ECtHR, Appl.no. 34000/96, 3 October 2000

⁹²⁶ Право медија на „претеривање и провокацију“ објашњено је у пресуди: *Prager and Oberschlick v. Austria*, ECtHR, Appl.no. 15974/90, 26 April 1995, para 38

⁹²⁷ *Du Roy and Malaurie v. France*, ECtHR, Appl.no. 34000/96, 3 October 2000, para 34

⁹²⁸ *Dupuis v France*, ECtHR, Appl.no.1914/02, 12 November 2007

Митерана. ЕСЈП је нашао да је Француска прекршила члан 10. ЕКЈП указујући да се у конкретном случају радило о прворазредној државној афери у коју је укључен председник државе и која се тиче права свих грађана и да није постојао основ за кажњавање новинара.

Слично претходном предмету, у случају *Tourancheau et July c. France*⁹²⁹ два новинара и директор листа Либерасион су осуђени од стране француских судова због објављивања докумената који су били означени као тајни у преткривичном поступку. Наиме, објавили су чланак о двоје осумњичених за убиство од којих је једно задржано у притвору, а друго пуштено на слободу. Из контекста чланка јасно је било медијско подржавање кривице једног од осумњичених и то оног који је притворен. ЕСЈП је закључио да осумњичени нису били политичари или јавне личности, да се случај није тичао неке јавне афере, нити је у вези са нечим о чему јавност има треба да буде информисана. ЕСЈП је тесном већином изгласао да до повреде члана 10. ЕКЈП није дошло.

ЕСЈП је заузео чврст став да јавност има право да буде информисана и да буде у стању да се информише о кривичним поступцима. Такав став је изнео и у пресуди *Axel Springer AG v. Germany*⁹³⁰ позивајући се на Препоруку о медијској дистрибуцији информација у кривичном поступку Rec(2003)13. Ипак, у истом пасусу пресуде ЕСЈП наводи да се интерес јавности разликује по степену, у зависности од фазе поступка и других фактора, као што је чињеница да ли је окривљени познат јавности или не, околности случаја или слично. Дакле, ЕСЈП је свестан чињенице да „судови не суде у вакууму“ и да заинтересованост јавности и публицитет неће зависити само од поступака судова, већ и од других фактора који се налазе ван судске моћи.

Заинтересованост јавности и публицитет су најизраженији у случајевима када су окривљени јавне личности и када се ради о специфичним кривичним делима која производе узнемирење јавности. Ипак, може се рећи да је степен

⁹²⁹ *Tourancheau et July c. France*, ECtHR, *Requête no 53886/00*, 24 novembre 2005

⁹³⁰ *Axel Springer AG v. Germany*, ECtHR, Appl.no.39954/08, 7 February 2012, para 96

заинтересованости и публициитета највећи у фази поступка која претходи суђењу, тј. у истражној фази поступка и у односу на изјаве дате од правосудних званичника и политичара. У пресуди *Kouzmin v Russia*⁹³¹ ЕСЈП наводи да је опрезност медија нарочито важна у „раној фази“ поступка, тј. пре подизања оптужнице и да је у тој фази поступка важно не износити јавне оптужбе које би могле да указују на кривицу оптуженог.

2.11.2.2. Претпоставка невиности и медијска кампања

У одлуци *Ensslin, A. Baadre J. Raspe v Federal Republic of Germany*⁹³², Комисија је нагласила да „виртуелна медијска кампања“ може да штети правичности суђења, нарочито уколико је покренута од стране правосудног органа.

О томе како негативна медијска кампања може утицати на правичност поступка и одлучивање пороте ЕСЈП се изјашњавао и у случају *Hauschildt v Denmark*⁹³³ у ком предмету је расправљано о могућем односу медијске кампање и непристрасности. Међутим, имајући у виду јаку везу између непристрасности и претпоставке невиности, закључци о постојању утицаја на непристрасност пороте, могу се извести и на постојање медијског утицаја на претпоставку невиности. Уочљиво је да је ЕСЈП у више наврата одлучивао о могућим утицајима медија на поротнике у случају јаким медијских кампања, описујући медијске кампање у негативном контексту, као „заразне“, „отровне“ или „злонамерне“ и указујући на опасност од подривања ауторитета правосуђа.⁹³⁴ Тако, у случају *G.C.P. v. Romania*⁹³⁵, ЕСЈП подсећа да „злокобна кампања штампе“ може негативно да утиче на правичност и јавно мњење, посебно у ситуацијама када поротници треба да одлучују о кривици окривљеног. Исти закључак је изведен и у случају *Viorel*

⁹³¹ *Kouzmin v Russie*, ECtHR, Req.no 58939/00, 18 mars 2010, para 62

⁹³² *Ensslin, A. Baadre J. Raspe v Federal Republic of Germany*, EComHR, Decision on the admissibility of the applications, Appl.nos.7572/76, 7586/76, 8 July 1978, page 64

⁹³³ *Hauschildt v Denmark*, ECtHR, Appl.no.10486/83, 24 May 1989, paras 45-53

⁹³⁴ Види на пример: *Craxi c. Italie*, ECtHR, Req. no 34896/97, 5 décembre 2002, para 98 и бројне одлуке наведене у том пасусу.

⁹³⁵ *G.C.P. v. Romania*, ECtHR, Appl.no.20899/03, 20 December 2011, para 46

*Burzo c Roumanie*⁹³⁶ у ком је наведено да „злонамерна медијска кампања“ новинара може утицати на поротнике који одлучују о кривици окривљеног.

Са друге стране, у предмету *Butkevičius v Lithuania*⁹³⁷ ЕСЈП је закључио да такав ризик постоји и у односу на професионалне судије, али да су професионалне судије мање подложне утицају медија. Може се закључити да ЕСЈП не искључује могућност да су и професионалне судије подложне утицају медија.

У предмету *Mustafa Kamal Mustafa v. the United Kingdom*⁹³⁸, ЕСЈП је имао у виду чињеницу да је национални судија дао пуна и недвосмислена упутства пороти како да игноришу негативну медијску кампању и како да се концентришу на доказе. Као и то да је поступајући судија давао медијима упутства о томе како да информишу, а при том не прекрше претпоставку невиности окривљеног. ЕСЈП је овакво поступање судије сматрао „вредним поштовања“. ЕСЈП је упозорио на могуће последице „злокобне медијске кампање“ која може да угрози, не само претпоставку невиности, већ и правичност суђења у целини. Оваквим ставом, ЕСЈП је заправо дао упутства националним судијама како да поступају у случају негативне медијске кампање према медијима, а како према пороти.

У другом, значајно ранијем предмету *Kopf v Germany*⁹³⁹ Комисија је одлучивала по представци у којој је било наведено да је против подносиоца била у току агресивна медијска кампања изазвана прес конференцијом коју је водио тужилац. Представка је од стране Комисије одбачена као недопуштена из разлога што је подносилац представке од стране немачких судова био ослобођен, па је Комисија сматрала да таква кампања није утицала на судију. Дакле, у овом случају, за Комисију је била довољна чињеница да претпоставка невиности није прекршена у односу на судију, али није разматрао какву је слику таква медијска кампања створила у јавности.

⁹³⁶ *Viorel Burzo c Roumanie*, ECtHR, Req.nos.75109 et 12639/02, 30 juin 2009, para 158

⁹³⁷ *Butkevičius v Lithuania*, ECtHR, Decision as to the admissibility of, Appl.no.48297/99,28 November 2000, para 8

⁹³⁸ *Mustafa Kamal Mustafa v. the United Kingdom*, ECtHR, Decision as to the admissibility of Appl.no.31411/07, 18 January 2011, paras 36-40

⁹³⁹ *Kopf v Federal Republic of Germany*, EComHR, Appl.no.14733/89, 8 December 1988

Можемо поставити питање да ли би иста одлука била донета и данас, имајући у виду касније одлуке ЕСЈП у погледу утицаја медијске кампање на јавно мњење. Тако, у одлуци *Kouzman v Russia*⁹⁴⁰ ЕСЈП подсећа да у неким случајевима „заразна медијска кампања може угрозити правичност суђења утичући на јавно мњење“. Можемо закључити да јак утицај на јавно мњење у погледу креирања мишљења о кривици окривљеног може да представља елемент правичног суђења, без обзира на питање утицаја медијске кампање на саме судије или исход поступка. Овакав начин размишљања ЕСЈП је у складу са претходним ставовима да судови не суде у „вакууму“.

Држава неспорно има право и обавезу да штити окривљене од негативних медијских кампања, као и уопште учеснике кривичног поступка од тенденциозних медијских кампања. Међутим, држава то може да учини само уколико су медијска извештавања и кампање таквог карактера и интензитета да се њима нарушава „правилно спровођење правде“. Ова обавеза државе изричито је потврђена у предмету *Natsvlishvili and Togonidze v Georgia*⁹⁴¹, у ком предмету је утврђена повреда претпоставке невиности и где је наведено да „у одређеним ситуацијама злокобна медијска кампања може негативно утицати на правичност суђења и укључивати одговорност државе“, слично је закључено и у ранијој одлуци о допуштености представке *Ninn-Hansen v Denmark*.⁹⁴²

У том смислу, државама се на располагању налазе и различити механизми унапређења медијског извештавања и заштите интереса учесника у поступку, као што је издавање упозорења медијима, судијама поротницима и јавности, искључење медија из суднице у одређеним случајевима, едукација новинара, увођење акредитације новинара или томе слично. У предмету *G.C.P. v. Romania*⁹⁴³ ЕСЈП даје смернице када судски органи треба да реагују у случају агресивне медијске кампање, али из угла питања непристрасности судова. ЕСЈП

⁹⁴⁰ *Kouzman v Russie*, ECtHR, Req.no 58939/00, 18 mars 2010, para 62

⁹⁴¹ *Natsvlishvili and Togonidze v Georgia*, ECtHR, Appl.no,9043/05, 29 April 2014, para 10

⁹⁴² *Erik Ninn-Hansen against Denmark*, ECtHR, Decision as to the admissibility of Appl.no.28972/95, 18 may 1999

⁹⁴³ *G.C.P. v. Romania*, ECtHR, Appl.no.20899/03, 20 December 2011, para 46

закључује да у случају постојања „злокобне“ медијске кампање, није забрињавајућа чињеница ако окривљени субјективно страхује у погледу одсуства предрасуда суда, већ је забрињавајуће уколико су страхови окривљеног објективно оправдани. Стога, уколико страхови окривљеног, у погледу предрасуда које могу бити креиране агресивном медијском кампањом, постану објективни, из угла објективног разумног посматрача, то представља тренутак када је суд у обавези да предузме мере ради отклањања такве сумње. Свакако, реаговање суда не искључује могућност реаговања и других државних органа.

У новијој пресуди *Paulikas v Lithuania*⁹⁴⁴ ЕСЈП даље разрађује начин на који судови треба да делују у случајевима интензивног негативног публицитета, као што је обавеза националних судова да испитају да ли постоје довољне мере гаранција правичности поступка, што подразумева и трагање за уверљивим и објективним доказима у погледу исказане забринутости о непристрасности судија.

Како постоји инхерентна тензија⁹⁴⁵ између права на правично суђење из члана 6. и слободе изражавања из члана 10. ЕКЈП, ЕСЈП је дао извесне смернице о томе на који начин се постиже баланс у примени оба члана. У предмету *Ruokanen and others v Finland*⁹⁴⁶, ЕСЈП је одлучивао о повреди слободе изражавања медија. Наиме, у медијима је, пре формалног почетка кривичног поступка, била објављена вест да је неколико чланова бејзбол тима на забави, ради прославе победе, силовало студента. Полиција је након објављивања чланка истраживала случај, али како није било доказа, истрага је обустављена. Фински суд је новинарима наложио да плате 80.000 евра одштете члановима бејзбол тима. Новинари су се обратили ЕСЈП који је утврдио да до повреде слободе изражавања у конкретном случају није дошло. Наиме, ЕСЈП је прво закључио да у конкретном случају постоје „конкурентски интереси“ и то слобода изражавања и претпоставке невиности. Потом је закључио да је износ компензације изречен новинарима био „прилично озбиљан“, али и пропорционалан у односу на

⁹⁴⁴ *Paulikas v Lithuania*, ECtHR, Appl.no.57435/09, 24 January 2017, para 58

⁹⁴⁵ О инхерентној тензији између ова два члана видети више у: W. Schabas, *op.cit.* (2015), pg 302.

⁹⁴⁶ *Ruokanen and others v Finland*, ECtHR, Appl.no.45130/06, 6 April 2010, para 51-52

конкурентне интересе и да је представљао „правичну равнотежу“. Такође је разматрано да ли такве новчане „казне“ могу произвести „хладан туш“ за остале медије који би се због овакве праксе судова убудуће могли суздржавати од извештавања и да ли би тиме судови могли утицати на слободу медија. Потом ЕСЉП констатује да је злочин, који се помиње у тексту, свакако од јавног интереса и да медији о таквим злочинима имају обавезу извештавања, али да је у конкретном случају био императив вагање равнотеже од стране медија, пре него што су се одлучили на објављивање вести. ЕСЉП закључује да је претпоставка невиности, као и право на углед трећих лица једнако важно, као и право на информисање, а нарочито када се ради о озбиљним оптужбама за сексуално злостављање.

2.11.2.3. Позитивне обавезе државе и одговорност државе

У случају *Ageyevy v Russia*⁹⁴⁷ ЕСЉП је одлучивао о повреди члана 8. - права на поштовање приватног живота. У конкретном случају подносиоци представке били су брачни пар који је усвојио двоје деце, од чега је једно дете, након доласка у породицу повређено у пожару. Како је постојала сумња на злостављање, власти су децу одузеле од старатеља. За време трајања поступка била је изражена медијска кампања у којој је централна тема била репутација мајке и подаци из њеног приватног живота. ЕСЉП је сматрао да је дошло до повреде права на поштовање приватног живота и да руски судови нису заштитили право мајке на репутацију у поступку за клевету који је водила против медијске кампање. ЕСЉП је био мишљења да је постојала обавеза суда да заштити репутацију подносиоца представке, као и претпоставку њене невиности, показујући посебну забринутост због чињенице да домаћи судови нису придавали скоро никакву важност претпоставци невиности. Такође, ЕСЉП налази да у конкретном случају руски судови нису предузели ништа ради утврђивања да ли су новинари поступали у доброј вери или у циљу „преувеличавања или поједостављења стварности“.

⁹⁴⁷ *Ageyevy v Russia*, ECtHR, Appl.np 7075/10, 18 April 2013, paras 214-226, 237.

ЕСЉП даље закључује да иако је циљ члана 8. заштита појединца од произвољног мешања јавних власти, у случајевима „негативних подухвата“ држава има позитивну обавезу, што подразумева усвајање мера које имају за циљ осигурање поштовања овог и других права. Како граница између позитивних и негативних обавеза државе не дозвољава прецизну дефиницију, потребно је да држава у сваком конкретном случају пронађе правичну равнотежу између супротстављених интереса. ЕСЉП је закључио да је Русија, пропуштањем заштите права на приватни живот и претпоставке невиности подносиоца представке, пропустила да постигне правичну равнотежу у односу на агресивну медијску кампању која се против подносиоца представке водила.

Да ли и када ЕСЉП сматра да постоји одговорност државе за кршење претпоставке невиности, одговорено је у пресуди *Huseynov v Azerbaijan*.⁹⁴⁸ Подносилац представке је новинар који је написао серију текстова у којима је критиковао министарство за рад и социјална питања. Министар га је контактирао, састали су се и захтевао је од њега да престане да пише, подсећајући га на случајеве пребијања новинара. Подносилац претставке је наставио да пише, па му се министар поново обратио и понудио новац у замену за престанак писања текстова. Подносилац представке је прихватио новац, због тешке материјалне ситуације. Међутим, у тренутку преузимања новца ухапшен је под сумњом примања мита и снимљен је камерама приватне телевизије. Снимак хапшења је пуштан у тв програму приватне телевизије уз коментар који је прочитао спикер. Подносилац представке је за примање мита осуђен на 6 година затвора, али је после годину дана помилован од стране председника Републике. ЕСЉП је посебно разматрао питање емитовања хапшења на телевизијском програму у светлу кршења претпоставке невиности. Наиме, пре снимка хапшења, спикер је, између осталог изрекла:

“Иако су у Азербејџанској Републици, која је изабрала демократски развојни пут, успостављене све законодавне гаранције и свеобухватни услови за слободу говора и штампе, још увек је могуће наћи новинарекоји не делују у

⁹⁴⁸ *Huseynov v Azerbaijan*, ECtHR, Appl.no.3899/08, 18 January 2018, paras 39-43

складу са новинарском етиком. Један од тих нежељенихје уредник новина Бизим Иол, Хусеинов Мусхфик Тофигоглу - који је починио злочин, узимање мита ... "

Потом је у програму приказан видео снимак, а спикер је на крају изјавио да је кривична пријава у току и да ће јавност бити обавештена о даљем развоју догађаја.

Влада Азербејџана је тврдила да нема одговорност за емитовање снимка хапшења, јер се ради о приватној телевизији, а не државном телевизијском каналу. ЕСЉП је поновио да је претпоставка невиности усмерена на спречавање „подривања правичног кривичног поступка на основу штетних изјава датих у тесној вези са поступком“ и даље навео да иако, у начелу, Влада не може бити одговорна за поступке приватних медија,⁹⁴⁹ у конкретном случају је очигледно да је приватна телевизија снимак хапшења могла да добије само од полиције или уз дозволу полиције. Овај аргумент је послужио за извођење закључка ЕСЉП „да се видео садржај емисије може приписати туженој држави“, као и да држава није предузела никакве мере да заштити право подносиоца представке на претпоставку невиности и ради спречавања да буде приказан као криминалац. Због наведеног, ЕСЉП је утврдио повреду претпоставке невиности.

2.11.3. Закључак о поступању ЕСЉП у погледу односа медија и претпоставке невиности

Из праксе ЕСЉП, у погледу односа медија према кривичним поступцима и претпоставци невиности, може се закључити да је ово питање ЕСЉП углавном разматрао одлучујући у предметима који су се тicali повреде слободе изражавања. Повреда претпоставке невиности у овим предметима се узгредно помиње, уз констатацију да медијска кампања може да штети ауторитету судова, правичности поступка, непристрасности судова и/или претпоставци невиности. Стога, праћење судске праксе ЕСЉП у односу на повреду претпоставке невиности

⁹⁴⁹ *Y.B. et autres c. Turquie*, ECtHR, Req.nos 48173/99 et 48319/99, 28 octobre 2004, para 48

од стране медија није једноставно, јер захтева истовремено праћење више могућих повреда права из ЕКЉП.

ЕСЉП је још од пресуде *Sunday Times v The United Kingdom*⁹⁵⁰ успоставио појам *trial by newspaper* који појам је разрађиван у пракси наредних четрдесет година и данас је прихваћен у научном, јавном и дискурсу судова као појам *trial by media*. Овај појам описује колики утицај могу да имају медији на кривични поступак, па самим тим и на претпоставку невиности и да тај утицај може ићи до те мере да се стиче утисак да се суђење издваја из правосуђа и прелази у руке медија и јавног мњења и може да поприми облик јавног линча. Такође, ЕСЉП је у бројим предметима изразио забринутост због начина на који се води медијска кампања поводом кривичних предмета, називајући кампање: злонамерним, опасним, заразним, отровним, циљаним ка преувеличавању или поједностављењу стварности.

ЕСЉП је са једне стране свестан забрињавајуће улоге медија, али са друге стране је дужан да заштити право медија на ширење информација, а некада чак и на претеривање у извештавању, тим пре, што су медији од стране ЕСЉП препознати као чувари демократског друштва.⁹⁵¹

ЕСЉП се нашао пред загонетком решења инхерентне тензије између слободе изражавања и значаја медија као чувара демократије, са једне стране, и правичности поступка, непристрасности судова и претпоставци невиности, са друге стране. Свестан да судови не суде у „вакууму“, као решење загонетке, ЕСЉП нуди постизање баланса у остваривању права на слободу изражавања и права на правичност поступка, а све у складу са вредностима демократског друштва. ЕСЉП не даје универзални тест који треба применити на случајеве

⁹⁵⁰ *Sunday Times v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.6538/74, 26 April 1979, para 63

⁹⁵¹ Појам чувари демократског друштва или „watchdog in a democratic society“ употребљен је у пресуди *Goodwin v the United Kingdom*, ECtHR, Appl.no. 17488/90, 27 March 1996, para 39

медијске кампање поводом кривичних поступака, али даје смернице у погледу поступања медија и државе. У односу на медије, ЕСЉП указује да медији имају обавезу поштовања претпоставке невиности, али и обавезу да извештавања креирају тако да не утичу на правичност поступка, непристрасност судова и претпоставку невиности.

У односу на обавезе држава, ЕСЉП указује на неопходност да државе пруже стварне гаранције, из угла објективног посматрача, на заштити правичности поступка и заштити претпоставке невиности. У том смислу ЕСЉП поставља питања: да ли је држава одговорно поступила према медијима; да ли је држава имала обавезу деловања према концепту *positive obligation*; да ли је правилно реаговала у случају када је постојала опасност од кршења претпоставке невиности; да ли је суд дао правилне поуке поротницима у односу на медијска извештавања; да ли су професионалне судије очувале објективни и субјективну тест непристрасности у случајевима агресивних медијских кампања; да ли су реакције државе биле избалансиране у складу са конкретним околностима предмета, интересовањем јавности и могућим утицајем на јавно мњење; да ли су државе поступале у складу са правилима ЕСЉП приликом задирања у слободу изражавања; да ли је задирање у слободу изражавања представљало „хладан туш“ за медијске слободе, односно да ли је могло негативно да утиче на слободу медија.

Путокази које нуди ЕСЉП у описаним пресудама делују као *puzzle* делови велике слагалице и не може се рећи да су увек доследни и кристално јасни. Национални судови, који у одлукама ЕСЉП траже јасан и недвосмислен путоказ за решење конкретне ситуације, неће лако пронаћи решење. Као и увек, када се тражи баланс примене неких права ЕКЉП, неопходно је имати у виду комплетну праксу ЕСЉП која се тиче трагања за балансом, околности конкретног случаја, а посебно темељне демократске вредности.

У трагању за балансом не треба пасти у замку и помислити да се ради о правима индивидуе у кривичном поступку (претпоставци невиности) са једне стране и правима јавности у демократском друштву (слобода изражавања мишљења), са друге стране. Наиме, право на правично суђење, па и претпоставка

невиности, нису само права индивидуа у кривичном поступку, већ пре свега, вредност демократског друштва и право сваког човека. У трагању за балансом, од помоћи могу бити и закључци ЕСЈП у две важне пресуде: „све виши стандарди у области заштите људских права и основних слобода неизбежно захтевају већу одлучност у процени кршења темељних вредности демократског друштва“, ⁹⁵²а „баланс мора да осигура правичан и правилан третман оног ко је у мањини да избегне злоупотребу доминантног положаја.“⁹⁵³

2.12. ГРАНИЧНИ СЛУЧАЈЕВИ ПРИМЕНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

2.12.1. „Сиве зоне“ важења претпоставке невиности

Из праксе ЕСЈП неспорно произилази одговор на питање: од ког тренутка почиње примена претпоставке невиности и до ког тренутка примена претпоставке невиности траје? Такође, неспорно произилази и одговор на питање: у односу на које поступке се претпоставка невиности примењује? Иако ова „правила“ о временском важењу, условима и начину примене претпоставке невиности делују једноставно, ипак, постоје „сиве зоне“, у којима није сасвим јасно да ли се претпоставка невиности примењује или не.

„Сиве зоне“ обухватају питање примене претпоставке невиности у односу на: накнадне поступке који се воде у вези са кривичним поступцима; дисциплинске поступке; помињање кривице лица које није оптужено у образложењу пресуде, као и у односу на друге сличне граничне случајеве.

Како је већ раније речено почетак примене права на правично суђење веже се за аутономни појам „кривичне оптужбе“, док се крај примене права на правично суђење веже за правноснажност осуђујуће пресуде. Стога, претпоставка невиности окривљеног важи и након првостепене осуђујуће пресуде, уколико је у

⁹⁵² *Siliadin v France*, ECtHR, Appl.no.73316/01, 26 July 2005, para 148

⁹⁵³ *Young, James and Webster*, ECtHR, Appl.no. 7601/76; 7806/77, 13 August 1981, para 63

току поступак по жалби. Тако, у случају *Konstas v Greece*,⁹⁵⁴ ЕСЉП примећује да су увредљиве примедбе изречене након што је подносилац представке осуђен у првом степену, али док је поступак по његовој жалби био у току. ЕСЉП је утврдио да јавни званичници имају право да информишу јавност о резултату првостепеног поступка, али да су дужни да то чине са свим дискреционим овлашћењима које захтева поштовање претпоставке невиности.

У случају да је кривични поступак окончан ослобађајућом пресудом, претпоставка невиности наставља да се примењује. Тако, у одлуци *Allen v The United Kingdom*⁹⁵⁵ ЕСЉП наводи да претпоставка невиности постоји у случају када је кривични поступак окончан ослобађајућом пресудом и у том случају се оптужено лице мора сматрати невиним, јер није дошло до обарања претпоставке невиности, дакле, претпоставка наставља да важи. Уједно, правноснажна ослобађајућа пресуда производи и дејство *ne bis in idem*, тако да даље у будућности, изузев одређених законом прописаних изузетака и под одређеним строгим условима, није могуће водити носи поступак против окривљеног за исто кривично дело.

Што се тиче ситуације када је кривични поступак окончан одбијајућом пресудом или када је дошло до прекида поступка из неких процесних разлога, претпоставка невиности наставља да постоји, не само у предметном кривичном поступку, већ и у другим некривичним поступцима који се тичу исте ствари. Тако, у пресуди *Vanjak v Croatia*⁹⁵⁶, ЕСЉП закључује да, без обзира на разлог обуставе кривичног поступка, сама чињеница да окривљени није проглашен кривим за кривично дело, значи да није оборена претпоставка невиности. Стога се ова претпоставка не сме доводити у питање ни у једном другом поступку, па самим тим ни у каснијим дисциплинским поступцима.

Претпоставка невиности није у директној вези са исходом поступка. Уколико окривљени буде оглашен кривим, то само по себи не значи да

⁹⁵⁴ *Konstas v Greece*, ECtHR, Appl.no. 53466/07, 24 May 2011, para 34

⁹⁵⁵ *Allen v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.25424/09, 12 July 2013, para 106

⁹⁵⁶ *Vanjak v Croatia*, ECtHR, Appl.no. 29889/04, 14 January 2010, para 41

претпоставка невиности није била неопходна током поступка. Правноснажна осуђујућа пресуда прекида важење претпоставке невиности за будућност, али не и ретроактивно. Стога, чињеница да је окривљени правноснажно осуђен за кривично дело, сама по себи, не значи да у току поступка није могло да дође до повреде претпоставке невиности, или да се таква повреда анулира. У предмету *Matijašević v Serbia*⁹⁵⁷ ЕСЈП констатује да се члан 6. став 2. односи на кривични поступак у целини, без обзира на исход кривичног поступка. Са друге стране, у поступку одмеравања и изрицања санкције који следи првостепеној осуђујућој пресуди, нема места примени претпоставке невиности.⁹⁵⁸

2.12.2. Претпоставка невиности у поступцима који следе након окончања кривичног поступка

У чувеној пресуди *Allen v The United Kingdom*⁹⁵⁹, сачињен је резиме пресуда ЕСЈП који се тиче примене претпоставке невиности у поступцима који су следили након окончања кривичних поступака. ЕСЈП, пре свега, подсећа на критеријуме за формирање аутономног појма кривичне оптужбе и констатује да се претпоставка невиности има примењивати искључиво у поступцима који потпадају под појам кривичне оптужбе. Међутим, ЕСЈП се потом осврће на друге поступке који започињу након окончања кривичног поступка и директно су везани за тај кривични поступак. ЕСЈП закључује да је у поступцима који следе кривичним поступцима, а не подлежу тесту кривичне оптужбе, некада неопходна заштита претпоставке невиности, управо из разлога што су ти поступци директно и неодвојиво везани са кривичним поступцима, у којима ова претпоставка важи.⁹⁶⁰

У наведеној пресуди ЕСЈП подсећа на одлуке које су се тичале каснијих поступака вођених после кривичних поступака у којима није правноснажно утврђена кривица окривљеног, то су поступци који су се тичали: обавезе бившег

⁹⁵⁷ *Matijašević v Serbia*, ECtHR, Appl.no. 23037/04, 19 September 2006, para 46

⁹⁵⁸ *Phillips v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.41087/98, 5 July 2001, para 26

⁹⁵⁹ *Allen v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.25424/09, 12 July 2013, paras 95-98

⁹⁶⁰ Исти закључак ЕСЈП износи и у пресудама *Rushiti c. Autriche*, ECtHR, Appl.no 28389/95 и 21 mars 2000, *Lamanna c. Autriche*, ECtHR, Appl.no 28923/95, 10 juillet 2001

оптуженог да сноси судске трошкове и трошкове кривичног гоњења,⁹⁶¹ захтева бившег оптуженог за накнаду штете због притварања пре суђења или друге штете у кривичном поступку;⁹⁶² захтев бившег оптуженог за накнаду трошкова одбране.⁹⁶³ Одлуке ЕСЉП по овим питањима биле су различите.⁹⁶⁴ Ипак, од значаја је чињеница да је ЕСЉП разматрао питање претпоставке невиности у поступцима који не потпадају под аутономни појам кривичне оптужбе.

Да би каснији поступак, или поступак који следи кривичном поступку, представљао кршење претпоставке невиности, однос између каснијег поступка и кривичног поступка треба да буде такав да каснији поступак суштински негира или обесмишљава претпоставку невиности из самог кривичног поступка. У пресуди *Allen v The United Kingdom*⁹⁶⁵ ЕСЉП је навео да кршење претпоставке невиности у каснијим поступцима подразумева да ти поступци имају директну везу са кривичним поступцима, као на пример: да се у каснијем поступку захтева испитивање исхода кривичног поступка; анализира кривична пресуда; врши процена доказа у кривичном поступку; процењује учешће подносиоца представке у појединим или свим догађајима који су довели до кривичног прогона или да се коментарише постојање индиција о могућој кривизи подносиоца представке. У образложењу пресуде *Allen v The United Kingdom*, Велико веће ЕСЉП је само резимирало ставове претходно изнете у ранијим пресудама које су се тичале везе између кривичних поступака и поступака који следе,⁹⁶⁶ тако да можемо рећи да се

⁹⁶¹ *Minelli v Switzerland*, ECtHR, Appl.no.8660/79, 25 March 1983, para 30-32

⁹⁶² *Nölkenbockhoff v Germany*, ECtHR, App.no.10300/83, 25 August 1987, para 35 и *Sekanina v Austria*, ECtHR, Appl.no.13126/87, 25 August 1993, para 22;

⁹⁶³ *Lutz v Germany*, ECtHR, Appl.no.9912/82, 25 August 1987, para 29

⁹⁶⁴ О одлукама ЕСЉП и датим образложењима наведених одлука видети више у претходним деловима рада, где су пресуде описане. Ипак, од значаја је подсетити да је ЕСЉП стао на становиште да после ослобађајуће пресуде окривљени нема аутоматско право на накнаду штете због поступка који је против њега вођен или због притвора који је у односу на њега био одређен или продуживан, а уколико су одлуке судова биле законите.

⁹⁶⁵ *Allen v The United Kingdom*, ECtHR, App.no.25424/09, 12 July 2013, para 104

⁹⁶⁶ Једна од ранијих одлука је *Tendam c Espagne*, ECtHR, Req.no.25720/05, 13 juillet 2010, para 36, у којој је наведено: „Накнадне судске одлуке могу покренути проблем према члану 6 став 2, ако представљају закључак о кривизи који намерно игнорише претходну ослобађајућу пресуду“. О другим ранијим одлукама ЕСЉП по овом питању видети више у: W. Schabas, *op.cit.*(2015), pg 305.

ставови изнети у овој пресуди имају сматрати јасном мапом праксе ЕСЉП и путоказом за решавање дилеме везе између кривичних поступака и поступака који следе.

Поред изнетих правила, у погледу важења претпоставке невиности у поступцима који следе кривичне поступке, оправдано се може поставити питање да ли се претпоставка невиности примењује на некривичне поступке који се воде после одбачаја кривичне пријаве због дела малог значаја или применом одлагања кривичног поступка. Да ли би се у том случају претпоставка невиности имала применити и на друге поступке, који могу евентуално проићи из кривичног поступка.

О наведеном се ЕСЉП изјашњавао у предмету *Lähteenmäki v Estonia*.⁹⁶⁷ У овом предмету грађански суд је одбио да надонкади штету подносиоцу представке након саобраћајне незгоде из разлога што је осигуравајуће друштво суду доставило доказ - пресуду кривичног суда којим је за фингирање саобраћајне незгоде саучесник подносиоца представке оглашен кривим. У односу на саму госпођу Летенмаки, поступак за исто кривично дело пред тужилаштвом је обустављен из разлога што се, по мишљењу тужиоца радило о делу малог значаја, те је подносиоцу представке био наложено 80 сати друштвено корисног рада. Дакле, подносилац представке никада није била осуђена за фингирање саобраћајне несреће, а њен саучесник јесте. ЕСЉП је пошао од критеријума успостављених у *Allen v The United Kingdom*, па је закључио да се у конкретном случају у току грађанског поступка имала применити претпоставка невиности на подносиоца представке.

Ипак, важно је напоменути да из праксе ЕСЉП недвосмислено произилази да „ослобађање од кривичне одговорности не искључује утврђивање грађанске одговорности за исплату накнаде која проистиче из истих чињеница на основу

⁹⁶⁷ *Lähteenmäki v Estonia*, ECtHR, Appl.no.53172/10, 21 June 2016, para 36

мање строгог терета доказивања“.⁹⁶⁸ Овај закључак је ЕСЈП изнео у предмету *Ringvold v Norway*.⁹⁶⁹ Стога, позивање на претпоставку невиности није од правног значаја у ситуацији када се након кривичног поступка, који почива на високом стандарду ван разумне сумње, води други поступак који почивају на нижем стандарду доказивања – балансу вероватноће. Или, једноставније речено, претпоставка невиности се не преноси из кривичног у грађански или неки други поступак, само из разлога што се ради о истом догађају.

2.12.3. Претпоставка невиности у дисциплинском поступку

Од значаја је дилема да ли се члан 6 ЕКЈП, па самим тим и претпоставка невиности имају применити и на дисциплинске поступке.

Према строгој дефиницији аутономног појма кривичне оптужбе, свакако да би већина дисциплинских поступака остала изван опсега правила о праву на правично суђење, самим тим и изван претпоставке невиности. Међутим, постоје одлуке ЕСЈП које потврђују примену члана 6. у дисциплинским поступцима који се, према успостављеним критеријумима, могу подвести под аутономни појам кривичне оптужбе.

У пресуди *Olujić v Croatia*⁹⁷⁰ која се тицала дисциплинског поступка против председника Врховног суда Републике Хрватске, вођеног од стране Државног судбеног вијећа, ЕСЈП је потврдио да се на конкретан дисциплински поступак има применити члан 6. ЕКЈП. Приликом одлучивања о наведеном, ЕСЈП је вагао следеће критеријуме: да ли је одлука у дисциплинском поступку подложна судској ревизији; да ли је тело које је одлуку донело независно; да ли се орган који одлуку доноси може сматрати трибуналом који врши судска овлашћења; која правила поступка су примењивана у дисциплинском поступку.

⁹⁶⁸ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb) Updated on 31 August 2018, pg 60

⁹⁶⁹ *Ringvold v Norway*, ECtHR, Appl.no.34964/97, 11 February 2003, para 38

⁹⁷⁰ *Olujić v Croatia*, ECtHR, Appl.no.22330/05, 5 February 2009, paras 32-44

Из наведеног се може закључити да је у сваком конкретном случају, у зависности од: правне природе дисциплинског поступка, правне природе органа који води дисциплински поступак, као и нивоа судске заштите, могуће извести закључак да ли се на конкретан дисциплински поступак има применити члан 6 ЕКЉП.

Интересантно је и питање односа кривичног и дисциплинског поступка са становишта претпоставке невиности. Из пресуде *Kemal Coskun v Turkey*⁹⁷¹ произилази да је против подносиоца представке, иначе полицајца, вођен дисциплински поступак у ком је утврђено да је извршио кривично дело покушај силовања и друга кривична дела и ова одлука је потврђена од стране управног суда, због чега је подносилац представке смењен. Против њега је вођен кривични поступак због истих кривичних дела и он је ослобођен. Након ослобађајуће пресуде жалио се на одлуку управног суда, али је његова жалба одбијена. ЕСЉП је нашао да је у конкретном случају дошло до повреде претпоставке невиности из разлога што је управни суд, упркос чињеници да је кривични поступак био у току, донео одлуку која је због употребљене формулације недвосмислено значила повреду претпоставке невиности подносиоца представке. Од значаја је била и чињеница да одлука управног суда није садржала ниједну резерву или ограничење који би указивали да се у конкретном случају ради о дисциплинском, а не кривичном поступку.

2.12.4. Помињање кривице лица које није оптужено у образложењу пресуде

У неколико наврата подносиоци представки тврдили су да им је повређена претпоставка невиности из разлога што се, у поступку који је вођен против других окривљених, утврђивала њихова кривица. ЕСЉП је морао да одлучи да ли је могуће повредити претпоставку невиности неког лица наводима садржаним у пресуди која се тиче других лица. На ово питање дат је позитиван одговор. Тако, у

⁹⁷¹ *Kemal Coskun v Turkey*, ECtHR Appl.no.45028/07, 28 March 2017, para 53

предмету *Karaman v Germany*⁹⁷² ЕСЈП наводи да се члан 6. став 2. има применити и у случајевима када судска одлука, донета у поступку који није био усмерен против подносиоца представке, садржи „преурањену процену кривице“ подносиоца представке у паралелним или евентуалним будућим кривичним поступцима.

Слично је аргументовано и у *Bauras v Lithuania*.⁹⁷³ У овом случају, против подносиоца представке вођен је кривични поступак паралелно са поступком против другог окривљеног - посинка његове сестре, због истог кривичног дела убиства. Поступци против њих двојице су развојени. У судској одлуци која се тичала поступка у односу на другог саизвршиоца литвански суд је помињао и подносиоца представке и његово учешће у делу. Подносилац представке је сматрао да је литвански суд, на описан начин, прекршио његову претпоставку невиности. Иако је ЕСЈП утврдио да у конкретном случају није дошло до повреде претпоставке невиности, ипак је поновио закључке из предмета *Karaman v Germany* и навео да је теоријски могуће прекршити претпоставку невиности преурањеним изражавањем кривице осумњиченог у оквиру пресуде против одвојено процесуираних саучесника. ЕСЈП даље образлаже да наводи из других пресуда могу „произвести штетан утицај“ на текући поступак и произвести ефекат идентичан преурањеном изражавању кривице било ког другог органа јавне власти у вези са текућим кривичним поступком.

⁹⁷² *Karaman v Germany*, ECtHR, Appl.no.17103/10, 27 February 2014, para 41

⁹⁷³ *Bauras v Lithuania*, ECtHR, Appl.no. 56795/13, 31 October 2017, para 52

ДЕО ТРЕЋИ

РИЗИЦИ ПО ПОВРЕДУ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

3.1. Социолошки и криминолошки осврт - „РИЗИЧНО ДРУШТВО“ И „СТРАХ ОД КРИМИНАЛА“

3.1.1. „Ризично друштво“

Ризично друштво⁹⁷⁴ или друштво ризика представља социолошки појам који је у научни дискурс увео немачки социолог Урлих Бек. Овај, у јавном дискурсу општеприхваћен појам, означава одговор друштва касне модерне или постмодерне⁹⁷⁵ на растуће глобалне изазове ризика који настају као последица успеха модернизације. Тако, на пример, друштво касне модерне се суочава са ризицима индустријске хиперпродукције, еколошким ризицима, ризицима развоја телекомуникационих технологија, ризицима од тероризма или организованог криминала, па и ризицима развоја вештачке интелигенције. Сваки од наведених, или многих других ризика друштва касне модерне, представља потенцијални социјални проблем који произилази из социјалног положаја угрожености одређене друштвене групе (као на пример ризик од тероризма) или социјалног положаја угрожености целог човечанства (као на пример ризик од еколошке катастрофе).

⁹⁷⁴ О појму ризичног друштва видети више у монографијама Урлиха Бека на српском језику: Urluh Bek, *Rizično društvo*, Filip Višnjić, Beograd 2001, као и Urluh Bek, *Svetsko rizično društvo u potrazi za izgubljenom sigurnošću*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2011

⁹⁷⁵ Иако социолошки концепти касне модерне и постмодерне имају одређене сличности, они нису идентични. Заједнички именитељ им је да представљају социолошки, а не историјски концепт епохе, који даје одговор на питање – како изгледа друштво после *модерне*? За потребе овог текста користећемо израз *касна модерна*, без амбиције дубљег социолошког објашњавања разлика, изузев у деловима текста када цитирамо ауторе који користе појам *постмодерна*.

Како ризик постаје социјални проблем, друштво нуди разне моделе суочавања са ризицима који се огледају у управљању ризицима или елиминисању ризика. Корак који претходи суочавању са ризиком, као објективним феноменом, је предвиђање опасности, односно „антиципација катастрофе“⁹⁷⁶, јер „ризичи су увек будући догађаји, који нам можда предстоје, који нам прете“⁹⁷⁷. И док су неки ризици објективно засновани, други опет настају као плод антиципације оптерећене предрасудама или погрешним полазним основама и може да представља плод „опште умишљености или глади масовних медија“⁹⁷⁸. Дакле, ризик, иако објективни феномен, има два инхерентна објективна недостатка. Први је да је предмет ризика нешто што се још није десило, односно да ризик нужно са собом носи „интеграцију будућности у садашњост“⁹⁷⁹, а други чињеница да је перцепција ризика субјективног карактера. Стога, како је „идеја ризика везана са поривом контроле (сигурности прим. аутора), а посебно са идејом контроле будућности.....модерно друштво постало је преокупирано будућношћу и безбедношћу“⁹⁸⁰.

Да ли се социолошки појам ризичног друштва рефлектује на кривично право и савремено поимање правде? Основна функција државе, проистекла из политичко филозофског концепта друштвеног уговора, који дефинише однос појединца и власти, је заштита појединца од насиља и неправде, тј. обавеза државе да појединцу гарантује безбедност/сигурност. Концепт друштвеног уговора, стога у себи носи „сталну тензију између сигурности и слободе“⁹⁸¹. У кривичном праву идеја равнотеже између сигурности и слободе изражена је у виду „баланса између циљева контроле криминалитета и поштовања процесних

⁹⁷⁶ Urluh Bek, *op.cit.*(2011), pg 13.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, pg 25.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, pg 30.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, pg 34.

⁹⁸⁰ A. Giddens and C. Pierson, *Conversations with Anthony Giddens, Making Sense of Modernity*, Stanford University Press, California, 1998, pg 209.

⁹⁸¹ B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, Sage publications, London, 2003, pg 40.

права“.⁹⁸² Међутим, ризично друштво захтева активнију улогу државе на пољу стратегије контроле криминала, што се остварује предузимањем антиципативних и превентивних мера започетих крајем XX, а интензивно настављених у XXI веку. Ове мере за циљ имају смањење ризика од криминала, односно чињење криминала мање вероватним.⁹⁸³ На овај начин мења се и поимање правде у ризичном друштву. Тензија између сигурности и слободе све више јача у прилог сигурности, а на штету слободе, чиме се утиче на баланс ове две вредности, па самим тим и на људска права, односно процесна права, као гарант тог баланса.

Уз ограду да претерује, Бек наводи да „није терористички акт тај који разара западњачке институције слободе и демократије, него су то глобална инсценирања терористичког акта и политичке антиципације, акције и реакције које прате инсценирање“.⁹⁸⁴ Можемо да закључимо да акције друштва и државе усмерене ка контроли или елиминацији ризика од криминала, а у виду антиципативних и превентивних мера, могу да угрозе темељне друштвене вредности на којима почива либерална демократија, као што је владавина права или људска права - право на слободу, право на приватни живот и коначно претпоставку невиности.

Ризично друштво ствара промену и у погледу поимања осумњиченог, односно окривљеног. Наиме, док конвенционално поимање кривичне правде окривљеног види као слободну и рационалну личност, која има или би требало да има осећај кривице због повреде моралних норми, а кривичну санкцију као врсту моралне осуде, кривична правда у ризичном друштву окривљеног посматра првенствено из угла „степен ризика од вршења или понављања кривичног дела“.⁹⁸⁵ Ова промена нарочито долази до изражаја у односу на припаднике одређених друштвених група, у односу на које постоје стереотипи да су повезани са неким облицима криминалитета, у ком случају се за припаднике те друштвене

⁹⁸² *Ibid.*, pg 41.

⁹⁸³ B. Hudson, *op.cit.* (2003), pg 45.

⁹⁸⁴ Urluh Bek, *Svetsko rizično društvo u potrazi za izgubljenom sigurnošću*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2011, str. 26.

⁹⁸⁵ B. Hudson, *op.cit.* (2003), pg 42.

групе „разлика између осумњиченог и починиоца потпуно брише“⁹⁸⁶, а процесна права окривљених постају нужно зло које је легитимно заобићи. Осумњичени постаје предмет предострожности кривичног правосуђа. Логика предострожности почива на идеји непоправљивости одређених појединаца или целих група који представљају опасност за друштво и стога постају предмет „сталне сумње и надзора“.⁹⁸⁷ Предострожност према појединцима, или целим групама, врши се помоћу надзора њиховог кретања, различитих врста евидентирања или присмотра.

Ешворт наводи да су активности држава на пољу „контроле криминала“, „спречавања криминала“ и „ризика и безбедности“ праћене популистичком реториком влада и крећу се у два правца.⁹⁸⁸ Први је повећање строгости које се огледа у строжијим санкцијама, увођењу нових кривичних дела и поштравању кривичног поступка. Други правац се фокусира на ризик, услед чега се активности државе усмеравају на оне особе или групе за које се сматра да представљају посебан ризик за друштвени поредак и сигурност. Бројне од наведених активности представљају „претње и продор у претпоставку невиности“.⁹⁸⁹ Њихово увођење уобичајно се правда потребом заштите жртава и балансирања процесног права у корист жртве. Ешворт одбацује овај аргумент констатацијом да „жртва не може да има интерес да се повећа број непоузданих осуда“.⁹⁹⁰

О претњи по повреду претпоставке невиности у ризичном друштву XXI века говори и Хадсон указујући да „увођење принципа предострожности у кривично право ствара последице по претпоставку невиности“.⁹⁹¹ Наиме, у друштву у коме се, као примарни интерес поставља заштита жртава, а не права окривљених, претпоставка невиности се неретко посматра као „неподесна правна

⁹⁸⁶ *Ibid.*, pg 69.

⁹⁸⁷ Leanne Weber and Murray Lee, „Preventing indeterminate threats, Fear, terror and the politics of preemption“ in Murray Lee and Stephen Farrall (eds), *Fear of Crime, Critical voices in an age of anxiety*, Routledge, 2008, pg 64

⁹⁸⁸ A. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 243.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, pg 243.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, pg 243.

⁹⁹¹ B. Hudson, *op.cit.* (2012), pg 207.

мантра“.⁹⁹²Хадсон констатује да је друштво XXI века на прагу тренутка када ће „претпоставка невиности да буде замењена претпоставком кривице“⁹⁹³, а све полазећи од савремених тенденција промене правила поступка у корист тужилаштва⁹⁹⁴ и ширег обухвата кривичних дела и потенцијалних учинилаца, померањем радње кривичних дела у ранију временску фазу која претходно није била обухваћена санкционисањем.⁹⁹⁵

Савремене тенденције прилагођавања правила поступка потребама тужилаштва огледају се у увођењу бројних правних и чињеничних претпоставки које иду у корист тужилаштва, као и успостављању обрнутог процесног терета доказивања пребацавањем претераног материјалног терета доказивања (који тако прераста у процесни терет доказивања) на окривљеног. Ове тенденције имају за циљ да олакшају доказивање тужиоцима, али се њима истовремено нарушава процесни баланс успостављен претпоставком невиности која подразумева да се „вага намерно преврће у корист окривљеног“.⁹⁹⁶

Санкционисање најранијих фаза припреме кривичних дела, односно оних радњи које могу да изазову сумњу да ће кривично дело можда бити извршено⁹⁹⁷, делује као рационално поступање у спречавању криминалитета. Међутим, овакво поступање државе носи са собом ризик по „упаде у животе грађана који поштују закон, чак и када такви грађани не намеравају да изврше злочине или када грађани желе променити мишљење“.⁹⁹⁸Са друге стране, санкционисање наведених радњи је проблематично и са становишта постојања велике дистанце између морално погрешног и кршења права у ком случају се губи директна веза између морала и права, односно морална веза између кривице и санкције. Ипак, највећи проблем

⁹⁹² *Ibid.*, pg 208.

⁹⁹³ *Ibid.*, pg 208.

⁹⁹⁴ B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, Sage publications, London, 2003, pg 68.

⁹⁹⁵ B. Hudson, *op.cit.* (2012), pg 208.

⁹⁹⁶ B. Hudson, *op.cit.* (2012), pg 207.

⁹⁹⁷ У немачкој теорији познато као *Vorfeldkriminalisierung*. Видети више у: V. Butzler, *Staatsschutz Mittels Vorfeldkriminalisierung: Eine Studie Zum Hochverrat, Terrorismus Und Den Schweren Staatsgefährdenden Gewalttaten*, Nomos, Berlin, 2017

⁹⁹⁸ K. K. Ferzan, *op.cit.*, pg 506.

лежи управо у претпоставци невиности, јер санкционисане радње припремања могу да буду толико удаљене од стварне радње извршења кривичног дела којим се штити заштићено добро, да постоји велика вероватноћа да осумњичени ту радњу не би ни предузео, односно да би у међувремену од ње одустао. Кажњиве радње могу да буду толико удаљене од конвенционалне радње извршења кривичног дела, да њима „држава одбацује суштину кривичног закона чиме потенцијално ослобађа широку лезу процесне заштите која припада окривљеном“.⁹⁹⁹

3.1.2. „Страх од криминала“

Ризично друштво ствара осећај рањивости, односно угрожености одређених друштвених група или целокупног човечанства. Овај осећај настаје као последица друштвених промена касне модерне које се огледају у реконструкцији друштвеног и личног живота. Неке од последица касне модерне су: глобализација, масовни конзумеризам, секуларне промене у друштву које су утицале на растакање традиционалних породичних образаца, ширење индивидуалних слобода, појачана улога електронских масовних медија који врше генеризацију ризика и продукцију хиперреалности.¹⁰⁰⁰

У ризичном друштву, преокупираним темама будућности и безбедности, криминал постаје незаобилазна тема, а страх од криминала се генерише и дисеминира у медијима. Стога, страх од криминала постаје и важна тема социолошких истраживања касне модерне. За наше потребе важна су два закључка социолошких истраживања страха од криминала. Прво, да субјективна евалуација ризика од криминала и објективни ризик од криминала нису у међусобној корелацији, јер субјективна евалуација остаје висока чак и када дође

⁹⁹⁹ A. Ashworth and L. Zedner, „Preventive Orders: a problem of undercriminalization?“, In Duff, R.A. et al. (eds.), *The boundaries of the criminal law*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2010, pg 87.

¹⁰⁰⁰ Хиперреалност је појам који означава феномен постмодерне - *претерану реалност*, односно немогућност разлагања *стварне* од *симуловане* реалности. О појму хиперреалности видети више у делима аутора Жана Бодријара и Умберта Ека, као на пример: Жан Бодријар, *Симулакруми и симулација*, Светови, Рума, 1991 и Umberto Eco, *Travels in Hyperreality*, Essays, Harvest Book, 1986.

до пада објективног ризика.¹⁰⁰¹ Друго, постојање парадокса страха од виктимизације који означава да они појединци и групе за које објективно постоји највећа опасност да постану жртве криминала осећају значајно мањи страх од криминала, и обрнуто.¹⁰⁰²

„Страх од криминала“ обухвата много шири опсег страха од простог страха од криминала. У теорији се описује као „сунђер подобан да апсорбује различите врсте анксиозности о повезаним питањима која се тичу кварења моралних вредности, од породице и заједнице, до друштва у целини“.¹⁰⁰³ Константно стање анксиозности постмодерног друштва¹⁰⁰⁴ доводи до тога да страх од криминала није нужно објективно заснован, што потврђују и поменута истраживања. Дакле, ризик од криминала се перципира на основу генерисаног страха који настаје као последица глобалне анксиозности карактеристичне за ризично друштво склоно „антиципацији катастрофе“. Медијска интерпретација страха од криминала доприноси стварању хиперреалистичне слике о свеприсутности криминала у својим најтежим облицима.

Страх од криминала праћен је још једним друштвеним феноменом који је препознат у социолошкој теорији, а то је „морална паника“. Морална паника се може дефинисати као „оркестрирано подизање опште друштвене тензије у односу на одређене облике криминалитета, посебно поједине врсте кривичних дела и њихових жртава, чак и стварање страха у јавности од одређених врста ‘криминалаца који стално вребају’“.¹⁰⁰⁵ Логичан след моралне панике је растући

¹⁰⁰¹ Наведено произилази из истраживања: G. Vanderveen (2004). *Meten van veiligheid*. In E. Muller (Ed.), *Veiligheid: Studies over inhoud, organisatie en maatregelen* (pp. 71–123). Цитирано према D. Chadee (ed), *Psychology of Fear; crime and the Media, International Perspectives*, Routledge, New York, 2016, pg 3.

¹⁰⁰² D. Chadee (ed), *op.cit.*, pg 3.

¹⁰⁰³ J. Jackson, „Introducing fear of crime to risk research“, *Risk Analysis*, 26(1), 2006, 253–264, pg 261.

¹⁰⁰⁴ Z. Bauman, *Postmodern Ethics*, Blackwell Publishing, Victoria, 1993, pg 235. Стање анксиозности, као последицу модернизације и ширења индивидуалних слобода, први је описао филозоф Сорен Киеркегард наводећи да је „анксиозност вртоглавица слободе“. О томе видети више у: Soren Kierkegaard, *The Concept of Anxiety, A Simple Psychologically Oriented Deliberation in View of the Dogmatic Problem of Hereditary Sin*, Liveright Publishig Coorporation, New York, 2014, pg 75.

¹⁰⁰⁵ М. Шкулић, *Кривична дела против полне слободе*, Службени гласник, Београд, 2019, стр. 56.

популистички захтев за што строжијим кривичним санкцијама, у криминологији познат као пунитивни популизам.

Овако генерисан страх грађана поставља пред државу легитимни захтев за пружањем вишег нивоа безбедности у виду предострожности. „Разумљиво је да гађани данас захтевају већу заштиту државе и да законодавци проналазе различите начине да је обезбеде“.¹⁰⁰⁶ Заштита безбедности постаје највиша друштвена вредност, која кроји политичку агенду, у циљу јачања механизма заштите од криминалитета са сврхом политичке опортуности - стварања осећаја повећане безбедности грађана. У кривичном праву, ова друштвена вредност се огледа у томе што превенција криминала постаје основни циљ, док се питање правичности, правне сигурности и процесних права окривљених ставља у други план. Наведено доводи до заокрета – од кажњавања извршења кривичног дела ка кажњавању опасности од извршења кривичног дела. Наведено се уочава у тенденцији ширења „закона три ударца“.¹⁰⁰⁷

Међутим, овакво поступање носи са собом ризик, а то је постављање темељних политичких вредности либералне демократије - једнакости и слободе на степеницу ниже, испод безбедности, као нове врховне вредности. У ризичном друштву тема друштвене неједнакости је истиснута темом друштвене

¹⁰⁰⁶ P.H. Robinson, "Punishing Dangerousness: Cloaking Preventative Detention as Criminal Justice", *Harvard Law Review* 114, Harvard, 2001, 1429-1456, pg 1434.

¹⁰⁰⁷ *Three strikes law* или закон три ударца је уведен у САД и то у државама Вашингтон и Калифорнија 1993. године. Назив закона потиче из бејзбол терминологије која значи – „три ударца и испадаш“. Суштина закона је да су судови, приликом изрицања кривичних санкција, у обавези да повећавају санкције повратницима у одређеном обиму, без обзира на околности кривичног дела, с тим да је треће санкционисање повратника обично изузетно тешко и може да иде чак и до доживотне казне затвора за кривична дела која не спадају у најтежа. На овај начин долази до значајног повећања броја затвореника и дужине трајања кривичних санкција. Ради се о врло контраверзном законском решењу, које, према неким ауторима није допринело снижавању криминалитета (види: T. V. Kovandzic, John J. Sloan, L.M. Vieraitis, „„Striking out” as crime reduction policy: The impact of “three strikes” laws on crime rates in U.S. cities”, *Justice Quarterly*, Volume 21, 2004-Issue 2, 207-239, 222). Изменама и допунама Кривичног законика РС "Сл. гласник РС", бр. 35/2019), у српско кривично законодавство унети су елементи идеје закона три ударца. О односу превентивне правде и закона три ударца видети више у: P. H. Robinson, *op.cit.*

сигурности.¹⁰⁰⁸ Са друге стране, може се закључити да, касна модерна мења улогу кривичног права претварајући га из „феномена контроле криминалитета у примарно средство контроле, односно владања“. ¹⁰⁰⁹ Стога, „рат против криминала“, као основна поставка савремене политичке агенде, полако прераста у политичку *governing through crime*, односно владавину преко злочина,¹⁰¹⁰ или владавину преко страха од криминала.

Последица реструктурирања политичких вредности друштва касне модерне јесте спремност друштва да се у одређеној мери „одрекне“ процесних механизма кривичне правде, који потичу из вредности једнакости и слободe (као што су: терет доказивања, претпоставка невиности и сл.), трампећи их за жељени циљ – ефикаснију борбу против криминалитета. „Одрицање“ од процесних механизма који гарантују једнакост и слободу врши се увођењем низа изузетака у њиховој примени, као и слободнијим тумачењем у примени, чиме се ови механизми разводњавају и релативизују. Дершовић правилно указује да „тренутно зјапи јаз уставне ‘црне рупе’ у односу на активности ‘превентивне државе’, јер устав је дизајниран за ‘реактивну државу’“. ¹⁰¹¹

3.2. *PRE-CRIME* ИЛИ КРИВИЧНО ПРАВО РИЗИЧНОГ ДРУШТВА

3.2.1. Појам *pre-crime*

Pre-crime је појам развијен под окриљем криминологије којим се критички описује преокупација друштва будућим кривичним делима (будућношћу и

¹⁰⁰⁸ R. Ericson and K. Carriere „The fragmentation of criminology“, in D. Nelken (ed.) *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994, pg 102.

¹⁰⁰⁹ И. Симовић Хибер „Кривичноправно значење и тумачење феномена организованог криминала и тероризма“ у Зборник радова *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера*, Теслић, 2016, 168-183, стр. 169.

¹⁰¹⁰ Jonathan Simon, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007., цитирано према И. Симовић Хибер, op.cit. (2016), стр. 169.

¹⁰¹¹ A. M. Dershowitz, *Is There a Right to Remain Silent, Coercive Interrogation and The Fifth Amendment After 9/11*, Oxford University Press, 2008, pg 170.

безбедношћу), као и тенденција кривичноправног система да се бави антиципирањем кривичних дела.

Pre-crime је антитеза конвенционалне *post-crime* улоге кривичног права које се бави догађајима који су се већ десили.¹⁰¹² Наиме, док се конвенционално кривично право бави догађајима који су се већ десили, *pre-crime* се бави будућим кривичним делима и при том се служи антиципаторном логиком, тј. логиком предвиђања. Помак од конвенционалног *post-crime* кривичног права ка постмодерном *pre-crime* кривичном праву јесте помак од *ex post* реаговања на кршење закона ка *ex ante* реаговању, у циљу спречавања кршења закона.

Pre-crime концепт је у материјално и процесно кривично право уведен првенствено ради заштите од растуће претње од тероризма, будући да конвенционално кривично право није могло да да адекватан одговор на такву претњу. Међутим, *pre-crime* концепт је почео убрзо да се шири и на друга кривична дела и контемпоралне безбедносне друштвене претње. Стога је правилна констатација да је „*pre-crime* успостављен као одговор на најозбиљније претње, али је истовремено поставио сцену и за мање претње“.¹⁰¹³ Заводљиви *pre-crime* концепт, као универзални лек за контролу криминалитета, почео је да се примењује у виду увођења разних мера према лицима за која постоји сумња да могу извршити неко кривично дело сексуалног насиља, насиља над женама и децом,¹⁰¹⁴ насиља у породици,¹⁰¹⁵ насиља на спортским приредбама.¹⁰¹⁶

Уметници интуитивно осете друштвене промене пре него што се оне и почну да се дешавају. Тако је и идеја *pre-crime* настала у књижевности педесетак година пре него што је криминологија преузела. У краткој *science fiction* причи

¹⁰¹² J. McCulloch, D. Wilson, *Pre-crime, Pre-emption, precaution and the Future*, Routledge, New York, 2016, pg 1.

¹⁰¹³ Jude McCulloch, Dean Wilson, *op.cit.*, pg 2.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, pg 39.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, pg 22. О *pre-crime* концепту примењеном у домаћем законодавству који се тиче превенције насиља у породици видети више у: S. Nenadić, „Pre crime koncept Zakona o sprečavanju nasilja u porodici – obeveze države i rizici po povredu ljudskih prava“, *Strani pravni život* br. 1, 2017, 155-169.

¹⁰¹⁶ J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 21.

„Глас трећег“¹⁰¹⁷ Филип Дик описује будућност оптерећену идејом спречавања криминала, који прети да се деси. Полицијске снаге имају посебну јединицу по називом *Pre-crime* која се бави предвиђањем и спречавањем предвиђених кривичних дела, а предвиђање се врши у „аналитичком одељењу“ од стране прекогнитивних мутаната који на основу натприродних моћи могу да „виде“ злочин који треба да се деси у будућности. *Pre-crime* полицијске јединице спречавају кривична дела тако што их мутанти предвиде, непосредно пре него што треба да се десе, а полиција злочин спречава тако што „учиниоца“ злочина предухитри и ухапси. Тема приче су манипулације предвиђањима, апсурд кажњавања за нешто што се није десило, као и логичка немогућност одбране окривљеног од оптужбе за злочин који је био предвиђен да ће се десити, а није се десио. Идеја приче је морална дилема о међусобном односу вредности слободе и вредности сигурности.

Педесет година касније британски криминолог Луција Зеднер написала је текст „*Pre-crime* и посткриминологија“¹⁰¹⁸ у ком наводи да се крећемо у правцу новог друштва које „даје предност спречавању ризика у односу на реаговање поводом учињене неправде“¹⁰¹⁹. Као објашњење временског заокрета кривичног права - од прошлости, ка будућности, она нуди појмове традиционалног *post-crime* концепта и новог *pre-crime* концепта објашњавајући да традиционална оријентација усмерена ка прошлости, остаје засењена логиком безбедности усмереној ка будућности.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁷ F. K. Dik, *Glas trećeg*, Alnari, Beograd, 2002. Кратка прича је објављена први пут 1956. године и на основу ње снимљен је и чувени холивудски блокбастер назива *Minority Report*, у преводу на српски језик *Сувишни извештај*.

¹⁰¹⁸ L. Zedner, „Pre-crime and post- criminology?“, *Theoretical Criminology*, No.11, vol.2., 261-281.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, pg 261.

¹⁰²⁰ *Pre-crime* појам и концепт који носи, у доброј мери подсећа на Ломброзову теорију о урођеном злочинцу и *ante delictum*. Међутим, чини се да између ова два концепта постоји више разлика него сличности. Суштински, једине сличности које би се могле успоставити јесу чињенице да оба концепта у себи носе идеју предодређености. Ипак, суштинске разлике између ова два концепта леже у узроцима њиховог настанка који су везани за шири контекст друштвених промена. Наиме, Ломброзо је своју теорију развијао у контексту социолошке епохе модерне, а *pre-crime* је последица касне модерне, односно постмодерне.

Критички елементи криминолошког *pre-crime* концепта крећу се у три правца.¹⁰²¹ Први је указивање на временски заокрет предмета кривичног права – од прошлости ка будућности са дефинисањем различитих типова *pre-crime* поставки. Други је указивање на то како *pre-crime*, сам по себи, производи криминал и несигурност посебно у делу који се тиче предвиђања, тј. имагинарне материјализације будућних кривичних дела од стране служби безбедности. Трећи је утврђивање штетних ефеката *pre-crime* концепта на правду и безбедност, посебно штетних ефеката на претпоставку невиности које настају као резултат дисбаланса између широких овлашћења и мале одговорности служби безбедности.

3.2.2. *Pre-crime* и ризици по претпоставку невиности

Подржан предиктивним информационим технологијама, које почивају на идеји детектовања, класификовања и идентификовања могућих претњи по безбедност и могућих учинилаца кривичних дела, *pre-crime* модел даје невероватне могућности креирања предиктивних модела понашања потенцијалних учинилаца кривичних дела, као и анализе података о сваком појединцу, у циљу утврђивања да ли се појединац „уклапа“ у прототип будуће безбедносне претње. Овакви информациони модели су развијени у САД након терористичког напада од 11. септембра. Пример наведеног модела је ТИА (Terrorism Information Awareness) програм америчке владе који се базира на међусобном комуницирању база података, чиме се шири доступност информација и могућност њиховог укрштања о било ком лицу у било ком сегменту његовог живота. Овај програм, на основу расположивих података, одређује постојање веза одређеног лица или образаца у његовом понашању које могу да указују на евентуалне терористичке активности.¹⁰²² Имајући у виду ширину обухвата

¹⁰²¹ J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 5.

¹⁰²² Увођење ТИА програма било је жестоко критиковано од стране америчке јавности. Часопис *The Economist* 23. јануара 2003. године у online издању текста *Caught in the net* доступно на: <http://www.economist.com/node/1534249>, је подсетио на мрачну Орвелијанску будућност наводећи да се „све више људских интеракција бележи електронски и да способност анализе база података расте ... чиме ће постати све лакше за ауторитарне владе да успоставе системе

информација којима програм располаже, америчка јавност била је забринута да је циљ овог програма, поред спречавања терористичких аката, уједно и прикупљање личних података Американаца.¹⁰²³

Идентификација прототипа будућег терористе је била почетна тачка управљања информационим системима за потребе *pre-crime*, али како је *pre-crime* прерастао тероризам и почео да се шири на друге контемпоралне безбедносне друштвене претње, тако су и информациони системи почели да се прилагођавају потребама друштва. Развој вештачке интелигенције отворио је нове могућности у креирању предиктивних модела понашања грађана. Тако, у Великој Британији систем National Data Analytics Solution NDAS користи комбинацију вештачке интелигенције и статистике у изради прототипа који се потом упоређује са подацима о грађанима у циљу процене ризика да ли ће појединачни грађанин постати жртва насиља или неког од облика модерног ропства или је потенцијални учинилац кривичних дела, односно лице „на путањи“ сличној оној која је примећена код криминалаца.¹⁰²⁴ Систем би почео са радом на основу расположивих података о предиктивним моделима понашања криминалаца и жртава, али, будући да ради на принципу вештачке интелигенције, временом би „учио“ на основу доступних података и као резултат „учења“, самостално би унапређивао постојеће предиктивне механизме.¹⁰²⁵ Овај систем би требало да буде

широког надзора. Велики брат Џорџа Орвела из 1984. године могао би постати стварност, само неколико деценија касније него што је предвиђен“.

¹⁰²³ О овоме више: N. Lee, *Counterterrorism and Cybersecurity, Total Information Awareness*, Springer, London, 2015, pg 141.

¹⁰²⁴ О овоме видети више у часопису New Scientist, online издање од 26. новембра 2018 под насловом: *Exclusive: UK police wants AI to stop violent crime before it happens*, доступно на <https://www.newscientist.com/article/2186512-exclusive-uk-police-wants-ai-to-stop-violent-crime-before-it-happens/amp/>

¹⁰²⁵ Један од највећих проблема у развоју вештачке интелигенције, који стоји на путу њене шире примене, јесу етичка питања о начину на који вештачка интелигенција (А.И.) „учи“. Наиме, примећен је феномен „А.И. bias“ који означава склоност А.И. да развија и шири предрасуде, а настаје као последица „алгоритмичких предрасуда“ софвера (о овоме видети више у P. Boddington, *Towards a Code of Ethics for Artificial Intelligence*, Springer, 2017, 16). У тексту *A.I. Bias Isn't the Problem. Our Society Is*, објављеном у америчком часопису *Fortune* 14 априла 2019. доступно на <http://fortune.com/2019/04/14/ai-artificial-intelligence-bias/> објашњена је претња од А.И. предрасуда у поступку процене да ли је неко склон криминалу или не. Тако, на пример, како

доступан свакој полицијској управи у Великој Британији у скорој будућности, а тренутно је предмет жестоке јавне расправе у погледу питања етичности.¹⁰²⁶

Због наведених карактеристика *pre-crime* закони креирају осећај неизвесности у погледу тога које активности све могу да потпадну под удар или контролу закона. *Pre-crime* закони су обично „магловити и дају широка дискрециона овлашћења службама безбедности и јавним тужиоцима“¹⁰²⁷. За разлику од закона традиционалног кривичног права која почивају на начелу легалитета и спроводе се од стране полиције и правосуђа, *pre-crime* закони се спроводе селективно, првенствено од стране полиције, безбедносних служби, служби социјалног рада, јавног тужилаштва а тек посредно и судова. Велики број актера, широка дискрециона овлашћења, селективност у примени, проширен опсег сумње у току истраге, као и недостатак јасних гаранција заштите од злоупотребе закона ствара осећај да *pre-crime* закони почивају на „активизму полиције“.¹⁰²⁸ Активизам полиције почива на актуелним и/или ефемерним безбедносним трендовима које су неретко праћене медијском хиперреалистичном сликом о стању криминала у ком се појединци, или читаве групе, третирају као безбедносно сумњиви или у крајњој линији као непријатељи друштва. Обимна полицијска овлашћења утичу и на претпоставку невиности окривљеног, јер „иако

А.И. „учи“ из података „којима се храни“, она ће наивно закључити да постоји већа шанса да афроамериканец у Америци постане криминалац, него што ће то постати белац, с обзиром да је проценат афроамериканаца у затвору, у односу на укупну популацију, већи од процента белаца у затвору и такву предрасуду ће да узме као основ у поступку закључивања и даљег „учења“. Стога, можемо да закључимо да А.И. има тенденцију да стигматизује одређене друштвене групе или појединце, као последицу недостатка свести о томе да је закључак базиран на предрасуди, јер А.И. не може да има свест, нити да је „научи“.

¹⁰²⁶ Забриности у погледу низа етичких питања изразили су представници Националног института за вештачку интелигенцију Алан Туринг. Једно од питања које постављају је: да ли је морално исправно интервенисати када појединац можда није починио кривично дело, а постоји вероватноћа да ће то учинити у будућности. Саветодавно мишљење Института у погледу овог програма под називом *Independent Digital Ethics, Ethics Advisory Report for West Midlands Police*, доступно је на https://www.turing.ac.uk/sites/default/files/2018-11/turing_idepp_ethics_advisory_report_to_wmp.pdf

¹⁰²⁷ J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 7.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, pg 24.

се претпоставка невиности сматра златном нити која пролази кроз закон, она је на скали правде лагана, насупрот тежини полицијских овлашћења¹⁰²⁹

Јачању осећаја неизвесности у погледу примене *pre-crime* закона доприноси и чињеница да ови закони неретко снижавају степен сумње за покретање кривичног поступка, или пребацују терет доказивања са тужиоца на окривљеног. Ови закони такође омогућавају различите облике превентивног задржавања, ван редовних правила лишења слободе из процесних закона. Такође, често су праћени различитим облицима превентивних мера које могу да обухвате надзор окривљеног и ограничавање његовог кретања, а на основу предикција његовог будућег понашања.

Све наведене манифестације *pre-crime* закона „сужавају јаз између сумње, кривице и казне“¹⁰³⁰ и тако утичу на претпоставку невиности, односно на њене елементе, јер „превентивна правда је на супротном полу од претпоставке невиности.“¹⁰³¹

Прво, *pre-crime* закони утичу на промену начела терета доказивања због чињенице да ови закони уводе низ чињеничних и/или правних претпоставки које је тешко оповргнути и које превазилазе обим дозвољеног пребацивања терета доказивања чињеница на окривљеног. Овако обимно пребацивање чињеничног терета доказивања на окривљеног прераста у недозвољено пребацивање процесног терета доказивања са тужиоца на окривљеног.¹⁰³²

Друго, *pre-crime* тренд увођења бројних чињеничних и/или правних претпоставки у материјално кривично право, које су у несразмери са обимом чињеница које тужилац мора да докаже, утичу на привилегију окривљеног против

¹⁰²⁹ *Ibid.*, pg 30.

¹⁰³⁰ J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 134.

¹⁰³¹ Report of Open Society Justice Initiative's Criminal Justice program, "*Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention*", Open Society Foundations, New York, 2014, pg 97.

¹⁰³² Као пример може послужити Terrorism Act 2006 Велике Британије у одељцима 1(6) и 2(9). О начину на који ове одредбе могу утицати на терет доказивања, видети више у: Aniceto Masferrer, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Springer, 2012, pg 138

самоинкриминације. Право окривљеног да се брани ћутањем постаје не ефективно, јер је окривљени приморан да се бави оповргавањем низа чињеничних или правних претпоставки. Ова појава је логична последица тренда пребацивања терета доказивања, јер „ако је терет доказивања на окривљеном, онда се тиме подрива право окривљеног да се брани ћутањем“.¹⁰³³

Треће, одбрана окривљеног у поступцима који се воде по *pre-crime* законима је окрњена, јер је логични немогуће одбранити се од тврдње да би се неки догађај у будућности десио.

Четврто, утицај *pre-crime* логике на материјално кривично право је такође утицао на претпоставку невиности. Наиме, приметан је тренд санкционисања угрожавања заштићеног добра у најранијој фази, односно померања радње извршења кривичног дела у ранију припремну временску фазу коју традиционално кривично право не инкриминише, што је у немачкој теорији познато као *Vorfeldkriminalisierung*¹⁰³⁴. Иако се у поступку кривичног гоњења ових кривичних дела формално захтева претпоставка невиности, суштински се „одговорност за ова кривична дела утврђује на основу сумње о кривичним делима које би оптужени могао извршити“.¹⁰³⁵ Код ових кривичних дела, чија се радња извршења помера унапред, суштински проблем је што се губи директна веза између кривице окривљеног, тј. његовог умишљаја или нехата, и заштићеног добра. Тако, на пример, кривично дело тероризма обухвата и давање прилога организацији која се сматра терористичком организацијом, чак и у случају када не постоји мотив финансирања тероризма, нити веза између донације и терористичких активности.¹⁰³⁶ На овај начин утиче се на претпоставку невиности,

¹⁰³³ A. M. Dershowitz, *op.cit.*, pg 71.

¹⁰³⁴ О *Vorfeldkriminalisierung*, као једном од пет механизма превентивне правде у борби против тероризма земаља ЕУ видети више у: E. van Sliedregt, „European approaches to fighting terrorism“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.20, 2010, 413-427, pg 424.

¹⁰³⁵ J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 20.

¹⁰³⁶ У САД није потребан субјективни елемент намере у односу на финансирање организација које се сматрају терористичким. Видети више у: J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 62.

тако што криминализација раних фаза извршења кривичног дела суштински поставља окривљеног у позицију да мора да доказује своју невиност.¹⁰³⁷

Пето, *pre-crime* закони обилују разним врстама контролних или превентивних налога који се изричу, односно налажу потенцијалним учиниоцима кривичних дела, како би се спречили у извршењу евентуалног будућег кривичног дела. Ови налози подразумевају рестрикције индивидуалних слобода, у циљу спречавања вршења кривичних дела, а праћени су претњом принуде. Саставни су део антитерористичких закона, али полако улазе као заштитни механизам кривичног законодавства у односу на бројна друга кривична дела. Суштински, ради се о законодавним решењима проистеклим из „квази кривичноправне“¹⁰³⁸ политике којима се креирају „хибриди кривичног и грађанског права“¹⁰³⁹. Хибридна правна природа ових налога суштински је плод консенсуалног односа државе и појединца. Са становишта државе, интерес за изрицањем или налагањем проистиче из потребе „контроле особа од значаја (безбедносно интересантних особа, прим. аутор) у односу на које не постоји довољно доказа за кривични прогон“¹⁰⁴⁰. Мотиви због којих појединац пристаје на овај налог, или пристаје на његово поштовање могу бити различити. Ипак, можемо се запитати да ли пристанак на налог, или поштовање налога, значи и да је осумњичени тиме потврдио оправданост безбедносне сумњу у односу на његову личност и поступке, односно да ли се „одрекао“ претпоставке невиности? Хибридна правна природа контролних налога „одбацује саму суштину кривичног права, чиме се потенцијално ослобађа широка лепеза процедуралне заштите коју држава додељује окривљеном“¹⁰⁴¹ у виду претпоставке невиности.

¹⁰³⁷ E. van Sliedregt, *op.cit.* (2009), pg 256.

¹⁰³⁸ A. Ashworth, L. Zedner, *op.cit.*, pg 87.

¹⁰³⁹ J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 5.

¹⁰⁴⁰ S. Bronitt and S. Donkin, „Australian Responses to 9/11: New World Legal Hybrids?“, 223-241, цитирано према A. Masferrer (ed), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Springer, 2012, pg 233.

¹⁰⁴¹ A. Ashworth, L. Zedner, *op.cit.*, pg 87.

Како је вредност безбедности друштва и појединца највиша вредност касне модерне, повећање нивоа безбедности постаје ултимативни циљ. На путу остварења тог циља *pre-crime* представља ефикасан лек. Међутим, овај лек има и „нежељена дејства“ који се огледају у растакању основних вредности друштва чију безбедност штитимо, а то су вредности слободе и једнакости из којих произилазе процесна права окривљеног. Овај парадокс је изражен речима Диковог јунака Андертона: „Вероватно сте свесни основног правног недостатка предзлочиначке (*pre-crime* прим. аутора) методологије. Приводимо појединце који нису прекршили закон... У нашем друштву нема тешких злочина... али зато имамо концентрациони логор пун потенцијалних криминалаца.“¹⁰⁴² Након што и сам упада у замку *pre-crime* механизма који „имагинарни свет претвара у стварни свет имажинације“¹⁰⁴³ Андертон закључује „Ако систем може да опстане само тако што затвара невинне људе, онда заслужује да пропадне. Моја лична безбедност је важна зашто што сам људско биће.“¹⁰⁴⁴

Pre-crime концепт није мимоишао ни српско законодавство. У даљем тексту биће наведени појединачни примери уплива *pre-crime* идеје у кривично материјално и кривично процесно право. Међутим, илустративно је поменути да један од најочигледнијих уплива *pre-crime* идеје у домаће право представља увођење појма „могућег учиниоца“ у Закону о спречавању насиља у породици.¹⁰⁴⁵ Наиме, „из појма могућег учиниоца логично следи да његов

¹⁰⁴² F. K. Dik, *op.cit.*, str. 10

¹⁰⁴³ J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.*, pg 3.

¹⁰⁴⁴ F. K. Dik, *op.cit.*, str. 79.

¹⁰⁴⁵ Закон о спречавању насиља у породици „Сл. гласник РС“, бр.94/2016. О прихватању *pre-crime* идеје у Закону о спречавању насиља у породици видети више у: S. Nenadić, „Pre crime koncept Zakona o sprečavanju nasilja u porodici – obeveze države i rizici po povredu ljudskih prava“, *Strani pravni život* br. 1, 2017, 155-169 и Лазић Р., Ненадић С., „Јавно тужилаштво пред изазовима Закона о спречавању насиља у породици“ у: Бејатовић С. (ур.), *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, Београд, 2017., 491-503.

учинилац може да учини насиље у породици, а и не мора... а како је могуће да неко буде жртва иако се дело које га виктимизује није још ни десило?¹⁰⁴⁶

3.3. ПРЕДОСТРОЖНОСТ КАО НОВИ ЗАДАТАК КРИВИЧНОГ ПРАВА У БОРБИ ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА, ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА И КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ

Кривично право ризичног друштва поред *pre-crime* одликује и предострожност. Предострожност је као тенденција развијана у оквиру борбе против тероризма и организованог криминала.

3.3.1. Кривичноправни одговор на опасност од тероризма

Тероризам представља једну од највећих претњи по људска права, демократију и владавину права.¹⁰⁴⁷ Тероризам се може дефинисати као употреба претње или насиља у циљу постизања ефекта са политичким контекстом.¹⁰⁴⁸

Специфичности тероризма огледају се у неколико кључних елемената: прво – тероризам је глобални феномен тако да се идеје о терористичким активностима и њихова реализација најчешће не спроводе на територији исте државе. Друго – циљ тероризма је психолошке природе и огледа се у ширењу страха. Треће – терористичке активности су непредвидиве и одају утисак да су неподложне контроли, што има за циљ постизање психолошког ефекта неизвесности који иде у прилог ширењу страха. Четврто – тероризам се огледа искључиво у тешким облицима насиља или претњом таквим насиљем. Пето –

¹⁰⁴⁶ B. Ristivojević, „Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava?“, *Crimen*, 8(1), 2017, 3–21, str. 10.

¹⁰⁴⁷ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism*, Fact Sheet No. 32, 7

¹⁰⁴⁸ J. Horgan, *The Psychology of Terrorism*, Routledge, London and New York, 2005, 20 .

тероризам увек има за циљ постизање одређеног политичког ефекта – принуде власти да нешто учини или да се од нечег суздржи.¹⁰⁴⁹

Кривично право, каквим га познајемо у конвенционалном смислу, не може у потпуности да одговори свим изазовима које специфичности тероризма намећу. Због наведених специфичности, које разликују тероризам од других облика криминалитета, одговор на растући проблем тероризма лежи у координисаном деловању безбедносних служби и правосуђа. Предуслов за борбу против тероризма јесте лакши приступ информацијама које могу бити у вези са терористичким активностима, као и ширење количине расположивих информација, где се полази од претпоставке да из квантитета информација произилази квалитет. Друго, механизми деловања нису примарно усмерени на откривање идентитета лица која су већ предузела терористичку активност, већ преваходно на идентификацију лица која ће ту активност предузети у будућности, као и идентификацију врсте терористичке активности и места где је планирано да буде спроведена.

Деловање безбедносних служби се односи на садашње и будуће догађаје и оријентисано је ка будућности, док се деловање кривичног права односи на прошле догађаје. Превенција тероризма, као растуће претње, доводи до приближавања безбедносних служби и правосуђа, у циљу аналитичког приступа утврђеним чињеницама ради предвиђања будућих терористичких активности.

Дакле, активности треба да буду примарно усмерене ка спречавању терористичких активности, а тек секундарно на кривично гоњење, јер „влада превенцију будућих терористичких аката сматрају важнијим од кривичног

¹⁰⁴⁹ Дефиниција тероризма и елемената тероризма је изазован подухват. За потребе овог рада, чији примарни предмет истраживања није тероризам, определили смо се за наведене елементе који најбоље осликавају друштвену потребу за превентивним реаговањем кривичног права у односу на тероризам. О дефиницијама тероризма и елементима дефиниција видети више у: И. П. Бодрожих, *Кривичноправно реаговање на тероризам*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2016, 13-19.

гоњења почињеног тероризма¹⁰⁵⁰. Замена циља – од репресије ка превенцији, односно спречавању извршења кривичних дела се у теорији назива „парадигмом превенције“¹⁰⁵¹. Овај појам је уведен у дискурс након политичког заокрета Бушове администрације изазваног терористичким нападом од 11. септембра 2001. на куле близнакиње. Суштина политичке идеје ове парадигме је заокрет – од дефанзивне ка офанзивној стратегији и од мера усмерених на прошле догађаје, ка мерама усмереним на будућност. Тако, Буш каже: „уколико будемо чекали да се претње у потпуности материјализују, чекаћемо претерано дуго... морамо се супротставити најгорим претњама, пре него што оне настану“¹⁰⁵². Слично је говорила и државни секретар Кондолиза Рајс: „никада се нисмо борили у оваквом рату (рат против тероризма при. аутора)...не можете дозволити некоме да почини злочин пре него што га ухапсите. Јер, уколико они почине злочин, хиљаде невиних ће страдати.“¹⁰⁵³

Стога, борба против тероризма, у доброј мери, представља временску трку државе и терориста, јер држава примарно тежи да открије планиране терористичке активности и да их спречи, тако што ће их предухитрити. Превенција тероризма, због иманентне политичке основе, не може потпуно да се поузда на отклањање узрока настанка тероризма, већ првенствено на спречавање појединачних, конкретних терористичких активности у ограниченом временском периоду.

¹⁰⁵⁰ A. M. Dershowitz, *Preemption: a knife that cuts both ways* (2006), цитат преузет из J. Lobel, „The Preventive Paradigm and the Perils of Ad Hoc Balancing“, *Minnesota Law Review*, [91:1407-1450, pg 1408.

¹⁰⁵¹ О парадигми превенције видети више у: D. Cole and J. Lobel, *Less safe, less free: The failure of Preemption in the War of Terror*, New Press, New York, 2007, pg 2-6.

¹⁰⁵² Говор председника Буша кадетима Војне академије 2. јуна 2002. године објављен у Њу Јорк Тајмсу под насловом „U.S. MUST ACT FIRST TO BATTLE TERROR, BUSH TELLS CADETS“, доступно на <https://www.nytimes.com/2002/06/02/world/us-must-act-first-to-battle-terror-bush-tells-cadets.html>

¹⁰⁵³ Наведену изјаву је Кондолиза Рајс дала у интервјуу US Today у новембру 2005. године. О наведеном видети више у новинском тексту аустралијских новина *The Age: Hudson Saul, Rice to ease Europe's Fears on CIA jails*, *The Age*, 30. November 2005, доступно на <https://www.theage.com.au/world/rice-to-ease-europes-fears-on-cia-jails-20051130-ge1c87.html>

Либерално демократски концепт владавине права подразумева „негативну обавезу државе да се уздржи, у мери у којој је могуће, од сваког мешања у личне слободе појединаца“¹⁰⁵⁴, односно подразумева висок степен поштовања људских права. За ефикасно деловање на пољу сузбијања тероризма описана негативна обавеза државе представља сметњу. Ефикасно деловање државе на пољу сузбијања тероризма, али и организованог криминалитета захтева флексибилније форме поступања прилагођене специфичном циљу. Одговор држава је био прописивање процедура којима се реализују активности садржане у специјалним истражним техникама, односно посебним доказним радњама, као и антиципативним кривичним истрагама.¹⁰⁵⁵ Ове форме деловања, иако законски строго дефинисане, по својој природи, а нарочито у поступку спровођења представљају ризик по бројна људска и процесна права. Инхерентну тензију између интереса превенције и интереса правне заштите људских и процесних права Мариан Хирш Балин назива „еквибријум између мача и заштићених интереса“.¹⁰⁵⁶

Наведени ризици се, пре свега, односе на поштовање приватног и породичног живота и претпоставку невиности, а настају из три разлога. Прво - као последица снижавања прага примене специјалних истражних техника; друго – због недостатка јасне везе између сврхе истраге и примене таквих техника, што води ка широким дискреционим овлашћењима безбедносних служби; треће - због чињенице да интерес превенције има примат у односу на интерес правне заштите чиме се слабе механизми заштите од повреде људских права.¹⁰⁵⁷

О некомпатибилности претпоставке невиности за потребе борбе против тероризма, говори и чињеница да је документом Савета Европе – Смернице о

¹⁰⁵⁴ М. Ф.Н. Hirsch Ballin, *op.cit.*, pg 12.

¹⁰⁵⁵ „Основна поставка и лајтмотив антиципативних кривичних истрага је истраживање превенције кривичних дела тероризма“ М. Ф.Н. Hirsch Ballin, *op.cit.*, pg 34.

¹⁰⁵⁶ М. Ф.Н. Hirsch Ballin, *op.cit.*, pg 271.

¹⁰⁵⁷ О наведеном видети више у: М. Ф.Н. Hirsch Ballin, *op.cit.*, pg 271-272.

људским правима и борба против тероризма¹⁰⁵⁸ претпоставка невиности, као људско право, изузета из скупине права у односу на које није дозвољена дерогација (право на живот, забрана тортуре и нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања, принципа легалитета санкција и забране примене ретроактивног закона).

3.3.2. Превентивно деловање држава на пољу борбе против тероризма

За потребе сузбијања тероризма законодавац обично снижава праг примене специјалних истражних техника, односно посебних доказних радњи¹⁰⁵⁹ у односу на ниво сумње. Тако се допушта да прикупљене информације неретко имају нижи степен поузданости, што може да отежа закључивање и повећава могућност да специјалним истражним техникама буде обухваћено и лице које, са становишта терористичких активности, не представља претњу. Обухват овим истражним техникама неретко води ка другим активностима безбедносних служби у односу на то лице, као што је посебно евидентирање, праћење и слично, чиме се утиче на претпоставку невиности.

Поред тога што је праг примене специјалних истражних техника снижен, посебан проблем представља и чињеница да је и тако низак праг подложен широком и флексибилном тумачењу и додатном растезању, што смањује, а неретко и потпуно анулира правну извесност у погледу, ионако ниског, прага примене ових техника.

Коначно, правне гаранције заштите од произвољног мешања у приватни живот појединца и заштите претпоставке невиности су снижене, јер интерес превенције неретко има превагу над интересом правне заштите. Судови, као

¹⁰⁵⁸ Guidelines on human rights and the fight against terrorism adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers' Deputies, Council of Europe Publishing June 2004 доступно на <https://rm.coe.int/168069648a>

¹⁰⁵⁹ О посебним доказним радњама за сузбијање тероризма у нашем законодавству и упоредном праву видети више у: М. Шкулић, „Посебне доказне радње у функцији сузбијања тероризма“ у: *Зборник радова Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера*, 94-123, Теслић, 2016

гаранти правне заштите, ову превагу често оправдавају применом начела пропорционалности, односно балансирања заштићених права¹⁰⁶⁰. Правна заштита од повреде права се слаби и чињеницом да „виши ауторитети“, често представљени у представницима политике који дефинишу друштвени интерес, тргују појмовима легитимности и правичности употребе истражних моћи државе.¹⁰⁶¹

Од посебног је значаја и чињеница да превенција од тероризма обухвата инкриминисање одређених понашања као кривичних дела, односно обавезу држава да измене своја кривична законодавства у складу са политиком превенције тероризма.¹⁰⁶² Ова обавеза се креће у правцу инкриминације најранијих фаза припремања кривичног дела која нису била инкриминисана у важећим националним законодавствима. Тако, инкриминацијом постаје обухваћено и врбовање, обучавање и наоружавање потенцијалних учинилаца кривичног дела тероризма.¹⁰⁶³

Све описане специфичности тероризма, као и специфичности борбе против тероризма довеле су до тога да је тероризам постао „нејпотентније гео-политичко питање 21 века“¹⁰⁶⁴. На међународном плану, још од шездесетих година прошлог века Уједињене нације¹⁰⁶⁵ започеле су са развојем правног оквира који данас

¹⁰⁶⁰ R. Goss, *op.cit.*, pg 177. О начелима пропорционалности и балансирања заштићених права видети више у: J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški Acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013, str. 1243-1267.

¹⁰⁶¹ M. F.H. Hirsch Ballin, *op.cit.*, pg 272.

¹⁰⁶² Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма (*Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS No. 196*), која је усвојена у Варшави 16. маја 2005. године, а ступила на снагу 1. јуна 2007. године

¹⁰⁶³ О овоме видети више у: И. П. Бодрожих, *op.cit.*, str. 265.

¹⁰⁶⁴ Leanne Weber, Murray Lee, Preventing indeterminate threats. Fear, Terror, and the politics of Preemption, цитирано према S. Farrall and M. Lee (eds), *Fear of crime, critical voices in the age of anxiety*, Routledge, 2008, 59-82, pg 59.

¹⁰⁶⁵ Прва таква конвенција је Конвенција о сузбијању кривичних дела и неких других аката уперених против безбедности ваздушне пловидбе (*Convention on Offences and Certain Other Acts Committed On Board Aircraft*) потписана је 14. септембра 1963. године у Токију. Са становишта превенције тероризма, најважнија је Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма (*International Convention for the Suppression of the Financing of*

обухвата низ конвенција и протокола које се тичу најразличитијих терористичких активности, као и начина њихове превенције. Динамична легислативна активност на пољу превенције тероризма развијена је и под окриљем Савета Европе¹⁰⁶⁶ и ЕУ¹⁰⁶⁷.

Након терористичког напада 11. септембра 2001. Године, национална, али и међународна легислативна активност на пољу борбе против тероризма доживела је снажну оријентацију ка питањима превенције. Поједини аутори закључују да је овај догађај државу увео у „перманентно правно ванредно стање“¹⁰⁶⁸.

САД су након 11. септембра 2001. године објавиле „рат терору“ што је подразумевало и вођење међународне војне кампање. На легислативном плану, овај рат је донео два важна закона о којима се и данас води јавна и политичка дебата у САД. Први закон, тзв. USA Patriot Act,¹⁰⁶⁹ је усвојен непуна два месеца након терористичког напада и суштински је усмерен на пресретање комуникације која је у вези са тероризмом, као и ометање евентуалних терористичких активности. Овај закон је дао значајно шира овлашћења FBI у погледу пресретања телефонске и електронске комуникације, без судског налога. Следеће године усвојен је тзв. Homeland Security Act (HSA) који уводи методологију начина процене ризика од тероризма на скали од 1 до 5. Оба закона, као и накнадна легислативна активност, увели су политику „процене“, као основа за покретање

Terrorism) потписана је 9. децембра 1999. године у Њујорку, а ступила на снагу 10. априла 2002. године.

¹⁰⁶⁶ Најзначајније су: Европска конвенција о сузбијању тероризма из 1977. године (European Convention on Suppression of Terrorism ETS No. 90) и Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма (Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS No. 196), која је усвојена у Варшави 16. маја 2005. године, а ступила на снагу 1. јуна 2007. године

¹⁰⁶⁷ Најзначајнија је оквирна одлука Савета ЕУ Оквирна одлука о борби против тероризма (*Council Framework Decision on Combating terrorism, 2002/475/JHA*), усвојена 13. јуна 2002. године.

¹⁰⁶⁸ Види: Aniceto Masferrer, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Springer, 2012

¹⁰⁶⁹ Усвојен је 26. октобра 2001. године, а назив закона је акрином речи *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*

истраге против неког лица, и увођење интрузивних и специјалних истражних техника само на основу сумње, без потребе постојања доказа.¹⁰⁷⁰

Ипак, рат који су САД објавиле тероризму највише дебате је изазвао у погледу чињенице да је Бушова администрација 2002. године основала војни камп, односно војни затвор у који су смештена лица под сумњом тероризма. Ради се о војном кампу Гвантанамо смештеном у америчкој војној бази, близу обале са Кубом под фактичком контролом САД. Војни затвор је основан позивајући се на прецедент Врховног суда САД током Другог светског рата из 1942. године у случају *Ex parte Quirin*¹⁰⁷¹, којим је потврђено право САД да суде немачким саботерима у САД, односно право САД да пред својим војним судовима суде сваком борцу против САД. Како су лица осумњичена за тероризам постала војници непријатељске армије, САД су, ван своје територијалне надлежности формирале војни затвор у ком је суђено затвореницима од стране војних судова по посебним, новоусвојеним процедурама. Гвантанамо је постао симбол тортуре затвореника, али и кршења процесних права затвореника, због сумње у непристрасност и независност војних судова, чињенице да су затвореници били притворени због ниског нивоа сумње, на неодређен период, без јасних оптужби и да су војни трибунали одбили да поштују већину правила правичног поступка, које иначе примењују судови у САД, а посебно претпоставку невиности окривљеног. Због наведеног, Гвантанамо је био предмет бројних критика и захтева за његово затварање.¹⁰⁷²

¹⁰⁷⁰ Видети више у: А. Булатовић, *Људска права у савременој политици борбе против транснационалног организованог криминала*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 242.

¹⁰⁷¹ U.S. Supreme Court, *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942), Одлука доступна на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/>

¹⁰⁷² О примедбама на кршење људских права, посебно у погледу тортуре затвореника и кршења њихових процесних права и права на правично суђење, као и захтевима да Гвантанамо буде затворен изјашњавала се ЕУ, као и бројне међународне невладине организације. Парламент ЕУ је усвојио следеће резолуције и препоруке *European Parliament resolution on the situation of prisoners at Guantánamo* од 7. фебруара 2002 и 13. јуна 2006.; *Recommendation to the Council of 10 March 2004 on the Guantánamo detainees' right*. Од великог су значаја и налази Amnesty International о кршењу наведених права, о чему видети више у: *USA Guantánamo, Impunity and Global Anti Torture Day*, Amnesty International, 25 June 2017., доступно на <https://www.amnesty.org/en/documents/amr51/6574/2017/en/> и Amnesty International Report 2005

Из кратког описа америчког искуства у борби против тероризма, можемо да закључимо да је САД одустала од „правних механизма заштите и да су ушле у ‘рат против тероризма’ у ком се не поштују чак ни правила и обичаји рата у вези са статусом ратних заробљеника“.¹⁰⁷³

Земље чланице ЕУ су се након терористичког напада од 11. септембра 2001. године такође осетиле угроженим, што се потврдило као оправдани страх, због каснијих учесталих терористичких напада на тлу ЕУ.¹⁰⁷⁴ Одговор ЕУ и земаља чланица ЕУ на растуће претње тероризмом је такође ишао у правцу превенције. Међутим, може се рећи да се ипак разликовао од америчког модела у том смислу што није дошло до флагрантне дерогације људских права осумњичених лица. Ипак, у моделима антитерористичких закона земаља ЕУ приметне су, као примарне, идеје превенције тероризма, са свим специфичностима и ризицима превенције о којима смо претходно говорили.

Слидрегт¹⁰⁷⁵ уочава пет елемената превентивног деловања држава чланица ЕУ у антитерористичким законима. Први се односи на *Vorfeldkriminalisierung*, тј. измену кривичног материјалног права, тако што се угрожавање заштићеног добра санкционише у најранијој фази, оној фази коју раније није представљала радњу извршења кривичног дела. Овакво поступање држава чланица је резултат обавеза које су настале у односу на ЕУ легислативу којом је прописана радња извршења кривичног дела тероризма. Неке од држава чланица су радњу извршења прописале уз навођење објективних елемената, без субјективног елемента намера (Велика Британија), док су друге прописале и субјективни елемент, тј. намеру

Speech by Irene Khan at Foreign Press Association, POL 10/014/2005, од 25. маја 2005. године, доступно на <https://www.amnesty.org/download/Documents/88000/pol100142005en.pdf>
Упркос бројним критикама и покушајима окончања рада Гвантанама, он још увек функционише, додуше у мањем обиму. Према медијским наводима *New York Times*, од почетних 780 затвореника, тренутно у Гвантанаму има 40 затвореника, видети више у тексту <https://www.nytimes.com/interactive/projects/guantanamo/detainees/current>

¹⁰⁷³ И. П. Бодрожић, *op.cit.*, стр. 219.

¹⁰⁷⁴ Неки од највећих терористичких напада су: Париз у јануару 2015. године, у ком је погинуло 130 људи; Ница 2016. године, у ком је погинуло 86 људи; Брисел 2016. године, у ком је погинуло 32 људи; Манчестер 2017. године, у ком је погинуло 22 људи.

¹⁰⁷⁵ E. van Slidregt, *op.cit.* (2010), pg 424-425.

осумњиченог (Холандија). Други елемент се односи на ширење истражних овлашћења полиције и безбедносних служби тако што се снижава праг сумње неопходне за њихово ангажовање. Трећи елемент се односи на шире прописивање основа за задржавање, дуже трајање задржавања осумњичених лица, као и могућност саслушања осумњиченог лица без присуства браниоца (Италија). Четврти елемент представља различите облике квази кривичних мера у циљу остваривања репресивног ефекта у виду превентивних налога. Пети елемент се односи на широке могућности употребе доказа до којих се дошло посебним истражним техникама, на пример: могућност саслушања припадника служби безбедности у посебној судској процедури и употреба њиховог исказа као доказа у поступку (Холандија).

Кратак приказ начина на који се државе суочавају са контемпоралном претњом тероризмом недвосмислено указује на основаност криминолошке *pre-crime* теорије. „Застрашујући универзум *pre-crime*“¹⁰⁷⁶ у неким тренуцима и сам делује хиперреално и претерано, толико да ствара осећај да су сва процесна права окривљеног угрожена или поништена. Међутим, ова теорија је од великог значаја, јер нам омогућава да сагледамо претње по људска права у кривичним поступцима на начин који конвенционални поглед на кривично право не допушта. Да ли је „застрашујући универзум“ кршења људских права у кривичном поступку заиста пред нама или не, остаје да видимо, као и то да ли ће претпоставка невиности „преживети будућност“.

У домаћем законодавству уплив *pre-crime* идеја у борби против тероризма и организованог криминалитета приметан је у нормативном решењу посебних доказних радњи из члана 161. Законика о кривичном поступку.¹⁰⁷⁷ Посебне доказне радње се примењују у односу на кривична дела за које је посебним

¹⁰⁷⁶ Извод из рецензије књиге J. McCulloch, D. Wilson, *op.cit.* професора Rob White, Professor of Criminology, School of Social Sciences, University of Tasmania, Australia

¹⁰⁷⁷ Законик о кривичном поступку из 2011. године „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019 у члановима 161-188 и обухватају: тајни надзор комуникације, тајно праћење и снимање, симуловане послове, рачунарско претраживање података, контролисану испоруку и прикривеног иследника.

прописом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности. Стога, посебне доказне радње се несумњиво примењују и у активностима државе на пољу борбе против тероризма и организованог криминалитета. Ове доказне радње могу да се примене само уколико доказе за кривично гоњење није могуће прибавити на други начин или би њихово прикупљање било знатно отежано. Дакле, можемо да закључимо да посебне доказне радње нису правило, већ изузетак који се примењује само у одређеним случајевима за које је законодавац проценио да представљају висок степен друштвене опасности. Иако се резултати посебних доказних радњи неспорно користе у току кривичног поступка, ипак њихова примарна сврха није доказивање у поступку кривичног гоњења, већ спречавање извршења кривичног дела, односно његово предухитрење. Тако, „основ за примену мера тајног надзора није кажњивост одређеног стадијума у извршењу кривичног дела као таквог, већ потреба да се одређено кривично дело у првом реду спречи, што је уосталом и примарни задатак надлежних државних органа“¹⁰⁷⁸

3.3.3. Превентивно деловање држава на пољу заштите од кривичних дела против полне слободе

Тенденција предострожности приметна је и у законима који се тичу заштите лица од кривичних дела против полних слобода. Можемо приметити тренд раста популарности увођења јавних регистра лица осуђених за кривична дела против полне слободе у националним законодавствима. Овај тренд је настао у САД и подразумева законом дизајниране регистре који су јавно доступни а који садрже податке о томе да ли у одређеном простору живи лице које је осуђивано за кривична дела против полне слободе. Међутим, постоје и законодавства која дозвољавају да јавни регистар садржи личне податке осуђених лица – њихово име, презиме, па чак и фотографију и да су сви ти подаци доступни на интернету¹⁰⁷⁹ Јавни регистри лица осуђених за кривична дела против полне

¹⁰⁷⁸ М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 244.

¹⁰⁷⁹ Пример је национално законодавство Пољске. О наведеном видети више у: М. Шкулић, *op.cit.* (2019), стр. 46.

слободе су проблематични са становишта претпоставке невиности. Наиме, ови регистри воде ка неминовном „логичком“ закључку јавног мњења да је извршилац неког кривичног дела против полне слободе управо лице које је на подручју извршења кривичног дела раније регистровано као силоватељ, сексуални предатор или педофил. Правилно је у теорији указано да јавни регистри лица осуђених за кривична дела против полне слободе заправо представљају неку врсту делимичног одрицања одговорности државе и пребацивања дела одговорности за заштиту грађана на саме грађане и локалну заједницу¹⁰⁸⁰. Ово се чини тако што држава ограничава своју одговорност упозоравањем грађана са поруком да треба сами да се заштите.¹⁰⁸¹ Позив грађанима на појачану пажњу у односу на категорију лица која су раније осуђена за кривична дела, не представља ништа друго до јавно прејудицирање сумње у односу на одређену категорију лица и законско отварање врата за повреду претпоставке невиности.

Илустративан пример превентивног деловања државе на пољу заштите од кривичних дела против полних слобода у домаћем законодавству представља Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима¹⁰⁸², у јавности познатији као Маријин закон. Овим законом прописане су посебне мере које се спроводе према учиниоцима кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима и уређује се начин вођења посебне евиденције лица осуђених за та кривична дела. Правилно проф. Ристивојевић указује да је Маријин закон је у српски правни систем ушао на крилима „пунитивног популизма“.¹⁰⁸³ Посебне мере које Маријин закон прописује суштински представљају ограничења личних слобода и слободе кретања осуђених лица. Оваквом законском решењу може се приговорити из најмање два разлога.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, 46.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, 46.

¹⁰⁸² Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима („Сл.гласник РС“ бр., 32/2013)

¹⁰⁸³ Б. Ристивојевић, „„Пунитивни популизам“ српског законодавца. Критичка анализа тзв. Маријиног закона“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Редовно годишње саветовање 50, Златибор, Београд, 2013, 319-338.

Прво, неспорно је да Маријин закон уводи посебне мере ради спречавања стања опасности које може да постоји након што се осуђено лице нађе се на слободи. Међутим, Маријин закон стање опасности нормативно претпоставља, тј. постојање стања опасности не утврђује суд, већ стање опасности постаје нека врста законске претпоставке. На овај начин, свако лице осуђено за кривично дело против полне слободе извршено према малолетном лицу постаје законски дефинисано као потенцијални извор стања опасности, јер се посебне мере се спроводе „над оним учиниоцима кривичних дела које предлагач Закона доживљава као неку сексуалног делинквента повратника или можда педофила и аутоматски им приписује та својства“.¹⁰⁸⁴

Други разлог за приговор лежи у чињеници да посебне мере прописане Маријиним законом, теоријски гледано неутемељене, јер је немогуће утврдити њихову правну природу. Наиме, ове мере не само да су посебне по називу, већ и због чињенице да, садржински гледано, такав тип мера није познат у кривичном праву. Посебне мере није могуће квалификовати ни под једну врсту теоријски утемељених мера у кривичном праву. Тако, посебне мере из Маријиног закона нису мере безбедности, нису правне последице осуде, нити се могу подвести под мере условне осуде са заштитним надзором.¹⁰⁸⁵ Иако су посебне мере, по својој садржини, блиске санкцијама не могу се подвести ни под ту категорију, јер их не изриче суд у законом уређеном поступку.

Из кратког приказа Маријиног закона неспорно се може извести закључак да је Маријин закон типичан пример *pre-crime* закона, и то из најмање три разлога. Прво, основни циљ овог закона је спречавање одређеног лица да изврши одређено кривично дело, односно ограничавање права лица ради лакшег контролисања његовог понашања у циљу спречавања или предухитрења извршења одређеног кривичног дела. Друго, Маријин закон практично уводи законску претпоставку сумње у односу на одређену категорију лица. И коначно,

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, 326.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, стр. 328.

овим законом се уводе контролни и превентивни налози хибридне природе у виду посебних мера, што је једна од основних карактеристика *pre-crime* закона.

3.4. ЕШТОНОВИ МОДЕЛИ УГРОЖАВАЊА ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

3.4.1. Појам

До сада је било говора о низу питања везаних за претпоставку невиности: о појму, природи, елементима претпоставке невиности, обиму примене и начину заштите, као и о претпоставци невиности у светлу захтева ризичног друштва. Предмет даљег разматрања биће питање теоријских модела претњи по повреду претпоставке невиности у савременом праву.

Незаобилазан теоријски допринос по питању контемпоралних претњи по претпоставку невиности дао је Ентони Ешворт у чувеном чланку „Четири претње по претпоставку невиности“¹⁰⁸⁶. Развијајући појединачно сваки од четири модела, Ешворт открива начине којима савремено право заобилази примену претпоставке невиности у ситуацијама када се ова претпоставка чини претераним теретом за остварење одређеног циља. Развијање теоријских модела легислативног угрожавања једног од основних процесних права окривљеног показује да претње претпоставци невиности нису случајне и хаотичне, нити представљају производ незнања или немушности законодавца појединачних држава, већ напротив да представљају тренд у легислативи широм света. Угрожавање претпоставке невиности у законодавству, прописивањем изузетака од његове примене или прописивањем процесних механизма којима се олакшава доказивање тужиоцима, постаје уобичајена легислативна активност. Према Ешворту, сви модели претњи по претпоставку невиности извиру из контекста потребе државе за „јачим мерама у име повећане јавне заштите и безбедности“¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁶ А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 241-279.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, pg 242

У наведеном чланку Ешворт је развио тезу да се савремене претње претпоставци невиности развијају у следећа четири модела: модел ограничавања претпоставке невиности; модел ерозије или нагризања претпоставке невиности, модел евазије или избегавања претпоставке невиности и модел искорака из претпоставке невиности.

3.4.2. Модел ограничавања

Ешворт полази од тврдње да претпоставка невиности има комплексну структуру и да је састављена од више елемената – терета доказивања, стандарда доказивања, привилегије против самоинкриминације и др. Неспорно је да претпоставка невиности значи да сваки од наведених елемената мора да постоји, али сама претпоставка невиности не говори много о томе шта сваки од тих елемената подразумева, односно о томе какав квалитет појединачни елементи треба да имају.

Тако, неспорно је да претпоставка невиности подразумева обавезу јавног тужиоца да докаже све елементе кривичног дела, али сама претпоставка невиности не говори ништа о томе „какви ти елементи, које тужилац доказује треба да буду“¹⁰⁸⁸, јер, законом је могуће другачије дефинисати сваки од елемента кривичног дела или их, на неки начин, ограничити.

Ешворт наводи пример када за одређена кривична дела са елементима насиља тужилац мора да докаже елемент безобзирности или намере. Модел ограничавања претпоставке невиности би се остварио у ситуацији када држава одлучи да примени јаче мере ради сузбијања насиља и то чини тако што тужилац остаје у обавези да докаже само радњу окривљеног, а на окривљеног се преноси обавеза да докаже није постојала безобзирност или намера, односно да нису постојали субјективни елементи дела. На овај начин законодавац практично уводи претпоставку постојања безобзирности или намере, тако да је тужилац не мора доказивати, а окривљени је може оповргавати. Оповргавање ове претпоставке

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, pg 252

може да буде мање или више успешно. Међутим, могућност и ефективност оповргавања није релевантна за основно питање, а то је – да ли је оваквим законским решењем на окривљеног пренет терет доказивања и да ли је пренети терет само чињеничног или је и убеђујућег карактера?

Можемо закључити да модел ограничавања претпоставке невиности почива на идеји пребацивања чињеничног терета доказивања на окривљеног, у том обиму да чињенични терет прераста у „убеђујући терет доказивања који суштински захтева од окривљеног да докаже своју невиност“.¹⁰⁸⁹

3.4.3. Модел ерозије

Образлажући овај најсложенији модел претње по претпоставку невиности, Ешворт полази од тезе да „не постоји систем људских права, нити уставни систем, у ком се претпоставка невиности сматра апсолутном“¹⁰⁹⁰, јер устави и закони обилују варијацијама којима претпоставку невиности „разређују“.¹⁰⁹¹ Разређивање претпоставке невиности доводи до разарања и слабљења структуралних веза између њених елемената, односно ерозије.

ЕСЈП је нашао да прављене изузетака у погледу пребацивања терета доказивања на окривљеног, када се ради о простом чињеничном терету, није противно претпоставци невиности. Једини услов је да претпоставке чињеница или права у кривичним случајевима „морају да буду у границама разумног и да узимају у обзир важност онога што је у питању и да угрожавају права одбране“.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ D. Hamer, *op.cit.*, pg 166.

¹⁰⁹⁰ A. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 257.

¹⁰⁹¹ Тако, Ешворт наводи пример Устава Јужне Африке који предвиђа да је могуће ограничење претпоставке невиности, уколико је то разумно и оправдано у демократском друштву, види више у: A. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 257.

¹⁰⁹² *Salabiaku v France*, EctHR, Appl.no.10519/83, 7 October 1988, para 28.

Позивајући се на сентенцу из пресуде Врховног суда Канаде¹⁰⁹³ у којој је наведено да „права брига није да ли окривљени нешто мора доказати или не, већ да ли постоји могућност да може бити осуђен, иако постоји разумна сумња (односно, доказивање није досегло стандард ван разумне сумње, прим. аутора)“, Ешворт сматра да се, стога, може поставити питање кршења претпоставке невиности у сваком случају „када окривљени мора да докаже неку чињеницу у циљу избегавања кривице“. ¹⁰⁹⁴

Ешворт констатује да се наметање терета доказивања окривљеном образлаже различитим аргументима. Разликује пет аргумената ¹⁰⁹⁵ којима се оправдава ерозија претпоставке невиности, али истовремено указује да су сви изнети аргументи базирани на суштинској забринутости за питања безбедности и потреби снижавања ризика од криминала.

Први аргумент којим се оправдава ерозија претпоставке невиности је тежина кривичног тела које се окривљеном ставља на терет, као што су на пример кривична дела тероризма, трговине дрогом или организовани криминал и оправданост прављења изузетка у односу на терет доказивања, односно пребацивања терета доказивања на окривљеног. Тако, Лорд Хоуп¹⁰⁹⁶ је, у циљу оправдања за успостављене изузетке од претпоставке невиности, у виду пребацивања терета доказивања на окривљеног, навео да изузеци морају да постоје због „природе претњи са којима са друштво суочава“ и да правичан баланс мора бити „заглављен између захтева општег интереса заједнице и заштите фундаменталних права окривљеног“. ¹⁰⁹⁷ Супротно мишљење је имао Лорд Николас који је констатовао да мора да постоји „убедљив разлог који би објаснио зашто је фер и разумно негирати окривљеном заштиту, која је уобичајно

¹⁰⁹³ White (1998) 64 CR (3d) 123 at 134-5 цитирано према А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 258

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, pg 259

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, pg 260-268

¹⁰⁹⁶ Члан Дома Лордова британског парламента вршећи правосудну функцију Дома лордова у познатом предмету Regina или R v. Director of Public Prosecutions, ex p. Kebilene (2000) 2 2 AC326

¹⁰⁹⁷ Цитирано према А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 260.

гарантована свакоме, а то је претпоставка невиности“ и да „што је тежа санкција која може да произађе из осуде, то убедљивији морају да буду разлози“.¹⁰⁹⁸

Ешворт не прихвата тежину кривичног дела као аргумент за ерозију претпоставке невиности и сматра да би више оправдања имао супротан аргумент – да се изузеци од претпоставке невиности могу успоставити у односу на прекршаје или лакша кривична дела¹⁰⁹⁹, јер кад год се одлучује о кривичном делу, које може да доведе до казне лишења слободе, тада је ризик од погрешне осуде изражено висок и у тим случајевима претпоставка невиности не сме да буде угрожена.

Други аргумент којим се оправдава ерозија претпоставке је страх од лажне одбране окривљеног. Овај аргумент се првенствено односи на *common law* правило, према ком је терет доказивања неурачунљивости на окривљеном. Међутим, аргумент који оправдава пребацивање терета одговорности на окривљеног може да се односи и на питање принуде, као и на питање нужне одбране и крајње нужде. Оправданост овог аргумента зависи од тога о којој врсти терета доказивања говоримо (убеђујућем или чињеничном), од чега суштински зависи и закључак да ли је терет доказивања у интересу или против интереса окривљеног.

Трећи аргумент је сличан другом и тиче се оних чињеница које могу бити само у знању окривљеног. Постојање ових чињеница су биле мотивишући фактор судијама у *common law* систему за пребацивање терета доказивања на окривљеног. Међутим, можемо да изведемо исти закључак као и за други аргумент – аргумент је, сам по себи неутралан, и зависи од тога о којој врсти терета доказивања говоримо и да ли је тај терет у интересу или против интереса окривљеног.

Четврти аргумент је тзв. тест „рационалне повезаности“ којим се указује на то да се чињенице и закључци налазе се у директној вези. На пример, чињеница

¹⁰⁹⁸ Цитирано према А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 261.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, pg 262.

поседовања одређене количине дроге рационално води до закључка да је намењена даљој продаји. Тако, законодавства често успостављају директну везу између чињенице поседовања дроге и претпоставке да окривљени поседује дрогу ради продаје. Ова претпоставка је обориве природе, али је терет обарања на окривљеном. Стога се право окривљеног да се брани ћутањем сужава, чиме се окривљени „приморава“ на активну одбрану у виду обарања законске претпоставке. Ограничавање права на ћутање утиче на привилегију против самоинкриминације, па самим тим и на претпоставку невиности.

Пети аргумент је да за одређена кривична дела чињенични терет доказивања треба да буде на окривљеном. Идеја иза овог аргумента је олакшавање терета доказивања јавном тужиоцу, а спроводи се кроз наметање одређених законских претпоставки или прописивања изузетака у погледу чињеничног терета доказивања на страни јавног тужиоца.

3.4.4. Модел евазије или модел избегавања

Модел евазије подразумева избегавање примене претпоставке невиности увођењем „екстерне контроле над животима одређених појединаца“¹¹⁰⁰ који се врши путем судских налога. Указујући да ови налози нису кривично правне природе, већ су више грађанскоправне природе, Ешворт издавање оваквих налога види као чист маневар којим се избегава примена претпоставке невиности и других права које кривични поступак подразумева.¹¹⁰¹

Из угла ЕКЉП и праксе ЕСЉП хибридни судски налози могу да буду проблематични из два разлога. Први се тиче чињенице да су последице непоштовања налога врло сличне или идентичне кривично правним последицама,

¹¹⁰⁰ Цитирано према А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 270.

¹¹⁰¹ Описујући судске налоге који се изричу у Великој Британији - налог због ризика од сексуалних повреда RSHO и налог због анти социјалног понашања ASBO., Ешворт наводи да суштински разлог увођења ових налога лежи у „учвршћеном тренду жеља извршне власти да буде виђена као неко ко предузима радње у циљу заштите грађана од ризика у погледу сексуалног злостављања, узнемиравања или другог анти социјалног понашања“ А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 270.

а други се тиче чињенице да се предметни налози често изричу изван кривично правних поступака (у парничном или управном поступку). Стога, наведени судски налози могу да произведу друштвени ефекат кривичне санкције за извршено кривично дело, а да се при том избегне вођење кривичног поступка, избегну све „замке“ процесних права окривљеног, и коначно, да се избегне само суђење и закључивање о доказаним чињеницама и доказном стандарду.

3.4.5. Модел „искорак у страну“

Модел „искорак у страну“ представља коришћење превентивних механизма у циљу сузбијања криминалитета. Један од облика овог модела јесте увођење могућности одређивања задржавања осумњиченим лицима без ограниченог трајања и одређивање „контролних налога“ у циљу ограничења слободе лицима у циљу спречавања извршења будућих кривичних дела. Пример наведеног су антитерористички закони Велике Британије.¹¹⁰² Овај метод подразумева утврђивање ризика као основа за ограничавање права грађана, при чему се, као доказни стандард за утврђивање постојања ризика уводи „разумна сумња“.

Наведени поступци задржавања и ограничавања слободе спроводе се по посебним процедурама, изван кривичних поступака и на њих се не примењује претпоставка невиности. Ипак, може се рећи да донекле представљају претњу по

¹¹⁰² *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, усвојен у Великој Британији у новембру 2001. године, два месеца након терористичког напада на куле близнакиње у САД. У делу 4. овог закона, који се односи на питања имиграције и азила, у тачки 23. било је прописано овлашћење Министарства унутрашњих послова да евидентира сваког не британског држављанина за кога се сумња да је терориста и да га задржава на неодређено време, док се не депортује, чак и у ситуацији када је таква депортација забрањена. Акт је доступан на <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents>. Три године касније Дом лордова је нашао да је Закон дискриминаторан према странцима и да се њиме крше одредбе ЕКЉП, након чега је усвојен нови закон о борби против тероризма *Prevention of Terrorism Act 2005* којим се уводе тзв. „контролни налози“ (control order) који могу да буду изречени лицима према којима постоји „разумна сумња“ да су укључени у терористичке активности. Закон доступан на http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/pdfs/ukpga_20050002_en.pdf

претпоставку невиности, из разлога што ови поступци „имају исте или сличне последице као кривични поступци“.¹¹⁰³

Ешвортови модели су од изузетног значаја из три разлога. Прво, они представљају теоријске моделе који помажу у анализи свих елемената претпоставке невиности и начине њиховог угрожавања. Друго, имају значајну практичну примену, јер креирају структуре које могу да послуже у циљу лакше идентификације и аргументације спорних законских решења, са становишта претпоставке невиности. Треће, њима се потврђује теза да превентивно деловање кривичног права представља претњу претпоставци невиности.

3.5. ПРЕВЕНТИВНО ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ

3.5.1. Превентивно лишење слободе у међународном праву

Лишење слободе које претходи осуђујућој пресуди је, са становишта људских права, дозвољено. У кривичном процесном праву ово лишење је дозвољено у виду кривично процесних института хапшења, задржавања и притвора. Одељење за економска и социјална питања Уједињених нација закључује да се „лишавање личне слободе, пре кривичне осуде, у модерним правним системима јавља као мера предострожности како би се осигурало да управљање кривичним правосуђем не буде оптерећено или опструирано“.¹¹⁰⁴

Члан 9. Међународног пакта о грађанским и политичким правима прописује право на слободу и личну безбедност.¹¹⁰⁵ Сходно овом документу, лишење слободе је дозвољено уколико су испуњени следећи услови: да није самовољно (арбитрерно); да је резултат законом спроведеног поступка; да је лицу лишеном слободе саопштен разлог лишења слободе и оптужба која му се ставља

¹¹⁰³ A. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 276

¹¹⁰⁴ United Nations Department of Economic and Social Affairs, Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile (United Nations, 1964), 62-3, доступно на <https://lib.ugent.be/en/catalog/rug01:002032641>

¹¹⁰⁵ Види члан 9 Међународног пакта о грађанским и политичким правима

на терет; да је лицу лишеном слободe омогућено да буде изведен пред судију; да има право да уложи жалбу (добије судску заштиту).

Право на слободу и безбедност је детаљније прописано чланом 5. Европске конвенције о људским правима. Ова конвенција изричито прописује могућност законитог хапшења или лишења слободe, ради привођења пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршило кривично дело, или када се то оправдано сматра потребним како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу (став 1. тачка ц). Свако ко је ухапшен мора бити обавештен, без одлагања и на језику који разуме, о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега (став 2.). Лице лишено слободe има право да покрене поступак испитивања законитости лишења слободe (став 4.).

Ставом 3. изричито су прописани услови по којима се слободe може иштити лице због: оправдане сумње да је извршило кривично дело, како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство. Ти услови су следећи: мора без одлагања бити изведен пред судију и мора имати право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења.

Дакле, сходно наведеним документима, лишење слободe неког лица пре кривичне осуде је дозвољено, под прецизно дефинисаним условима. Европска национална законодавства, па и наше, усвојили су стандарде прописане Европском конвенцијом о људским правима и праксом Европског суда за људска права у погледу правне регулације кривично правних института хапшења, задржавања, забране напуштања стана, притвора и боравка у установи који се, у складу са Закоником о кривичном поступку, рачуна у притвор.¹¹⁰⁶

Неспорно је да хапшење, задржавање и притвор, сами по себи, не представљају кршење претпоставке невиности. Међутим, сваки од ових кривично процесних института могу да буду злоупотребљени на начин да се њиховим активирањем прекрши претпоставка невиности, о чему ће бити речи касније.

¹¹⁰⁶ Види: Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС, бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014) чланови 69, 208-210, 210-223, 294

Међутим, са становишта претпоставке невиности, од већег је значаја глобално заступљена појава, која се огледа у чињеници да „влада све више избегавају типичне карактеристике система кривичног правосуђа кроз праксу ‘превентивног притвора’“¹¹⁰⁷. Превентивни притвор је термин који се у науци користи за означавање „притвора без суђења, а који се одвија под посебним уставним, законским или другим правним овлашћењима и не означава притвор који произилази из судских одлука.“¹¹⁰⁸ Односно, то је „притвор који се одређује без оптужбе или суђења... превентивне је природе, јер није последица стварно извршеног кривичног дела, а притвореник није под оптужницом.“¹¹⁰⁹

Међутим, појам „превентивног притвора“, како смо га описали, термилошки није у потпуности доследно примењиван. Наиме овај појам може бити обмањујући, јер многи национални кривично правни системи овај термин употребљавају као синоним кривично правног института притвора.¹¹¹⁰ Ради избегавања термилошке обмане у погледу овог појма и прецизног раздвајања лишења слободе овог типа, од лишења слободе у кривичном поступку, у употреби је и термин „административно лишење слободе“ или „административни притвор“.¹¹¹¹ Тако, студија Међународне комисије правника о ванредним стањима дефинисала је „административни притвор“ као: „лишавање слободе особе, било по налогу шефа државе или било које извршне власти, цивилне или војне, у сврху заштите безбедности или јавног реда, или друге сличне сврхе, без тога да се лице

¹¹⁰⁷ C. Macken, "Preventive Detention and the Right of Personal Liberty and Security Under the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966", *Adelaide Law Review* 1, 2005, pg 2.

¹¹⁰⁸ A. Harding and J. Hatchard (eds), *Preventive Detention and Security Law. A Comparative Study*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1993, pg 4. Сличну дефиницију усваја и Diane Webber, видети више у: D. Webber, *Preventive Detention of Terror Suspects: A New Legal Framework*, Routhledge, New York, 2016, pg 4.

¹¹⁰⁹ C. Macken, *op.cit.*, pg 3

¹¹¹⁰ О овоме види више у: Report of Open Society Justice Initiative's Criminal Justice program "Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention", *Open Society Foundations*, New York, 2014, supranote 1, 204.

¹¹¹¹ О синонимима *preventive detention* и *adiministrative detention* видети више у: C. Macken, *op.cit.*, pg. 7.

лишено слободе терети или изводи пред суд“. ¹¹¹² За потребе овог рада користићемо термин превентивни притвор.

Примена превентивног притвора се најчешће дешава у случајевима одступања од редовне примене права, односно у ванредним околностима. ¹¹¹³ Стога, са становишта међународног права, не може се рећи да је превентивни притвор забрањен. ¹¹¹⁴ Међународне невладине организације, са друге стране, упозоравају на растући проблем превентивног притвора, посебно због нејасности процедура њиховог одређивања, неодређеног трајања и осећаја неизвесности који прети ова лишења слободе. Тако, на пример Amnesty International тврди да је превентивни притвор у супротности са чланом 9. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, из разлога што је његово одређивање праћено арбитрерношћу (самовољом). ¹¹¹⁵ Критички став према превентивном притвору има и Фондација за отворено друштво указујући да је превентивни притвор претња претпоставци невиности. ¹¹¹⁶

Превентивни притвор није изум нашег доба. Као ефикасан механизам елиминисања појединаца из јавног живота, присутан је још од средњег века. ¹¹¹⁷ Контемпорални концепт превентивне правде ставља питање превентивног притвора у фокус истраживања са становишта људских права и процесних права

¹¹¹² International Commission of Jurists, States of Emergency: Their Impact on Human Rights (1983), 394, доступно на <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1983/01/states-of-emergency-thematic-report-1983-eng.pdf>

¹¹¹³ Тако, на пример, одступање од примене члана 5. ЕКЉП дозвољено је у случају када наступе околности из члана 15., тј. ванредне околности. За разлику од права на живот, забрану ропства, кажњавања само на основу закона, *ne bis in idem* и забране смртне казне, право на слободу и безбедност је дерогабилно.

¹¹¹⁴ „административни притвор није забрањен по принципу међународних правила“ United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, SubCommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, ‘Revised Report on the Practice of Administrative Detention, submitted by Mr Louis Joinet’, E/CN.4/Sub.2/1990/29

¹¹¹⁵ Amnesty International, ADMINISTRATIVE DETENTION: DESPAIR, UNCERTAINTY AND LACK OF DUE PROCESS, 29 April 1997, Index number: MDE 15/003/1997, о наведеном видети више у тексту <https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/003/1997/en/>

¹¹¹⁶ Видети више у Report of Open Society Justice Initiative’s Criminal Justice program “*Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention*“, Open Society Foundations, New York, 2014, 97

¹¹¹⁷ A. Harding and J. Hatchard (eds), *op.cit.*, pg 5.

лица лишених слободe. Антитерористички закони широм света, чије усвајање обележило улазак у XXI век, били су прилично иновативни у погледу дефинисања превентивног притвора. Тако, у Италији, у одређеним случајевима, лицу може бити одређен притвор у трајању од пет дана и без постојања сумње у односу на њега, а током тог периода може бити испитивано, без права на браниоца.¹¹¹⁸ У Великој Британији усвојен је закон према коме је могуће продужење притвора без оптужбе до 48 дана.¹¹¹⁹ У домаћем законодавству пример превентивног притвора је задржавање „могућег учиниоца“ из Закона о спречавању насиља у породици.¹¹²⁰

3.5.2. Критички ставови

Већ смо констатовали да се правна природа превентивног притвора састоји у томе што је то притвор без суђења.¹¹²¹ Са друге стране, аксиолошка природа овог института огледа се у безбедности, као друштвеној вредности, која се штити превенцијом од потенцијалних учинилаца кривичних дела,¹¹²² а базирана је на основу процене опасности од појединца.¹¹²³

Превентивни притвор је настао као одговор државе на чињеницу да „не може да кажњава будућа кривична дела...и да је судски поступак неподобан да се бави будућим кршењима закона.“¹¹²⁴ Стога, смисао превентивног притвора је у томе да је он више оријентисан ка будућности, него ка садашњости или прошлости.

Како лицима, у односу на које је одређен превентивни притвор, није стављена на терет оптужба, у смислу аутономног појма оптужбе, како је то

¹¹¹⁸ Act n. 155, 2005 (Nuove disposizioni in materia di arresto e di fermo)

¹¹¹⁹ Terrorism Act 2006 (“ТА 2006”) О наведеном видети више у: E. van Sliedregt, *op.cit.* (2020), pg 420-425

¹¹²⁰ Види члан 14. Закона о пречавању насиља у породици «Сл. гласник РС, бр.94/2016»

¹¹²¹ A. Harding and J. Hatchard (eds), *op.cit.*, pg 4.

¹¹²² *Ibid.*, pg 4.

¹¹²³ R. Kitai-Sangero, „Limits of Preventive Detention“, *McGeorge Law Review*, 2008, Volume 40, Issue 4, Article 3, 903-933, 903.

¹¹²⁴ *Ibid.*, pg 903.

дефинисано праксом ЕСЈП, може се закључити да за лишење слободе ових лица није неопходна сумња о извршењу кривичног дела. Тако да се оправдано може поставити питање да ли се превентивним притвором спречава кривично дело или се само „кажњава опасност“¹¹²⁵ лица које има одлике „сумњивог“. Идеја да је неко лице лишено слободе само зашто што је сумњиво је у директној супротности са претпоставком невиности, јер како се претпоставка невиности односи на прошлост окривљеног, она се тим пре односи и на будуће понашање окривљеног, јер претпоставка невиности подразумева „проспективну и ретроспективну“¹¹²⁶ визуру.

У теорији постоје три основне примедбе на институт превентивног притвора¹¹²⁷. Прва се тиче приговора о оријентисаности ка будућности и односи се на немогућност предвиђања људског понашања у будућности. Друга се тиче теоријске неспојивости превентивног притвора са кривично процесним институтом притвора, као и утиска да је превентивни притвор „казна за опасност“. Трећом примедбом се указује да превентивни притвор крши претпоставку невиности и да претпоставка невиности, провучена кроз процес одређивања превентивног притвора, постаје „претпоставка кривице“

Опасност лица у односу на које се одређује превентивни притвор одређује се на основу процене о томе да ли је вероватно да ће то лице у будућности починити неко кривично дело. Дакле, овај поступак процене почива на неколико предуслова.¹¹²⁸ Прво, да проценитељ има способност разложне процене опасности. Друго, да проценитељ има такав интегритет да може да се одупре емотивно набијеним захтевима и страховима заједнице и њиховом потребом за одмаздом, као и политичким интересима. Тешко је рећи да се ови предуслови чине могућим. Међутим, ови услови су неопходни само у идеалном моделу, који можда и није неопходан, јер „свака одлука о притварању је у извесном смислу

¹¹²⁵ О идеји „кажњавања опасности“ видети више у: Р.Н. Robinson, *op.cit.*, pg 1429-1456

¹¹²⁶ А. Duff, *op.cit.*, pg 120.

¹¹²⁷ А. Alschuler, "Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process", 85 *Michigan Law Review* 510-569 (1987), pg 511.

¹¹²⁸ Rinat Kitai-Sangero, *op.cit.*, pg. 908-911.

самоиспуњавајуће пророчанство, пошто грешка, иако је настала, никада неће бити откривена.¹¹²⁹

Други аргумент се заснива на тези да превентивни притвор није исто што и притвор, у смислу кривичног процесног права. Наиме, идеја превентивног притвора нема за циљ несметано вођење поступка, већ спречавање лица да почини кривично дело за које се претпоставља да ће бити почињено, или „кажњавање“ заједнице за страх од криминалног потенцијала.

У односу на претпоставку невиности, Италија истиче да процена будуће опасности суштински одбацује идеју претпоставке невиности, јер претпоставка невиности не значи само да је неко невин за конкретно кривично дело које му је стављено на терет, већ одражава „општу претпоставку да је то особа која се придржава закона и неће га у будућности кршити“.¹¹³⁰

3.5.3. Пракса ЕСЉП

ЕСЉП је у неколико наврата имао прилику да одлучује у погледу превентивног притвора и превентивног задржавања.

У предмету *Ciulla v Italy*¹¹³¹ који се тичао превентивног лишења слободe на основу закона о сузбијању организованог криминала, ЕСЉП је одлучивао о повреди права на слободу и сигурност и констатовао је да „превентивни притвор“ не може да представља дозвољени изузетак у члану 5. став 1., без обзира на значај борбе против организованог криминала.

У предмету *Ostendorf v. Germany*¹¹³² против Немачке је поднета представка од стране лица које је тврдило да је повређено његово право на слободу из члана 5. ЕКЉП. Подносилац представке, у полицији регистрован као навијач категорије

¹¹²⁹ Rinat Kitai-Sangero, *op.cit.*, pg 909.

¹¹³⁰ *Ibid.*, pg 921.

¹¹³¹ *Ciulla v Italy*, ECtHR, Appl.no.11152/84, 22. February 1989, para 41

¹¹³² *Ostendorf v Germany*, ECtHR, Appl.no.15598/08, 7 March 2013

хулигана, у групи навијача је кренуо на фудбалску утакмицу. Полиција је регистровала кретање групе и пресрела их. Приликом претреса код њих је пронађена опрема која служи за тучу, због чега је њихово даље кретање ка стадиону било под полицијским надзором. Међутим, подносилац представке је напустио групу, након чега је пронађен и лишен слободе у трајању од четири сата. Подносилац представке је приведен из разлога што је постојала претпоставка полиције, базирана на искуству рада са хулиганским групама, да се подносилац удаљио како би уговорио тучу са навијачима другог тима. ЕСЈП је закључио да се у конкретном случају неспорно ради о лишењу слободе, без обзира колико је кратко то лишење трајало¹¹³³ и истовремено закључује да ЕКЈП¹¹³⁴ не дозвољава полицији „генералну превенцију усмерену против индивидуа или категорија индивидуа који се од стране државних органа, исправно или погрешно, сматрају као опасни или склони незаконитим радњама“.¹¹³⁵

Ипак, ЕСЈП закључује да је описано лишење слободе било у складу са чланом 5. став 1. тачка б. ЕКЈП¹¹³⁶ јер иако се „обавеза лица да не изврши кривично дело у скоријој будућности не може сматрати довољно конкретном обавезом“¹¹³⁷ за примену овог основа, основ за лишење слободе је постојао из разлога што је, пре лишења слободе, подносиоцу представке била издата наредба којом му је наложено да се не издваја из групе навијача са којом је допутовао, као и да је претходно упозорен да ће свако ко напусти групу бити ухапшен.¹¹³⁸ Поступање подносиоца представке противно полицијској наредби је представљало довољан основ за лишење слободе. Дакле, ЕСЈП је превентивно задржавање сматрао дозвољеним по овом основу, само из разлога што се

¹¹³³ *Ostendorf v Germany*, ECtHR, Appl.no.15598/08, 7 March 2013, para 64

¹¹³⁴ „у случају законитог хапшења или лишења слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршио кривично дело, или када се то оправдано сматра потребним како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу“

¹¹³⁵ *Ostendorf v Germany*, ECtHR, Appl.no.15598/08, 7 March 2013, para 66

¹¹³⁶ „у случају законитог хапшења или лишења слободе због неизвршења законите судске одлуке или ради обезбеђења испуњења неке обавезе прописане законом“

¹¹³⁷ *Ostendorf v Germany*, ECtHR, Appl.no.15598/08, 7 March 2013, para 70

¹¹³⁸ *Ostendorf v Germany*, ECtHR, Appl.no.15598/08, 7 March 2013, para 95

подносилац представке оглушио о претходно издату закониту наредбу о неком конкретном поступању.

У скорашњој пресуди *S., V. and A. V Denmark*¹¹³⁹ Велико веће, у сличној ситуацији, доноси битно другачију одлуку. Наиме, случај се тичао задржавања које је одређено тројници подносиоца представке од стране полиције на основу „посебног закона који је ван контекста кривичног поступка“. ¹¹⁴⁰ Подносиоци представке су, као навијачи, кренули на фудбалску утакмицу у Копенхагену, а претходно је полиција примила обавештајну информацију о постојању ризика од хулиганских немира. Подносиоци су ухапшени, у циљу спречавања хулиганског насиља, а задржавање је трајало око седам сати. ЕСЈП је нашао да је дански суд правилно проценио „баланс између права појединца на слободу и значаја од превенције хулиганизма“. ЕСЈП је закључио да члан 5. став 1. тачка ц, којим је прописана могућност лишења слободе “када се оправдано сматра да је то неопходно да би се спречило извршење кривичног дела”, може бити сматрано основом за лишавање слободе и изван контекста кривичног поступка.

Међутим, чланом 5. став 3. прописано је да свако ко је ухапшен или лишен слободе, сходно одредбама из става 1ц овог члана, мора без одлагања бити изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције и мора имати право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења. У конкретном случају, предметно задржавање се одвијало ван „контекста кривичног права“ и сврха овог задржавања није „извођење лица пред судију“. ¹¹⁴¹ Ипак, ЕСЈП закључује да из члана 5. став 3. јасно произилази да уколико особа „није ухапшена или задржава“, већ је пуштена на слободу (као што је то у случају подносиоца представке), тада не постоји ни обавеза да се приведе

¹¹³⁹ *S., V. and A. V Denmark*, Appl.nos.35553/12, 36678/12 and 36711/12, 22 October 2018

¹¹⁴⁰ *S., V. and A. V Denmark*, Appl.nos.35553/12, 36678/12 and 36711/12, 22 October 2018, para 12. Police Act (Act no. 444 of 9 September 2004) Section 5. Paragraf 3 према коме полиција предузима мере у циљу спречавања ризика од нарушавања јавног реда и опасности по безбедност појединаца и јавне безбедности. Мере могу бити: издавање налога, претраживање возила и људи и одузимање ствари. Уколико ниједна од наведених мера није подобна да спречи ризик, полиција има право да задржи лице која узрокује ризик или опасност.

¹¹⁴¹ *S., V. and A. V Denmark*, Appl.nos.35553/12, 36678/12 and 36711/12, 22 October 2018, para 30, 70

судији. ЕСЈП тако допушта превентивно задржавање уз констатацију да када је лице пуштено из превентивног задржавања, након кратког временског периода, било због тога што је ризик прошао или, на пример, због истека прописаног кратког рока, сврха захтева из члана 5. не представља препреку за превентивно задржавање.¹¹⁴²

Судије De Gaetano и Wojtyczek су делимично издвојиле мишљење у овој пресуди. Наиме, они налазе да у конкретном случају није било места примени члана 5. став 1. тачка ц., јер се конкретна претња није односила на кривични поступак у вези са кривичним делом или планом да се изврши кривично дело.¹¹⁴³

Из сумарног прегледа наведених предмета може се закључити да је став ЕСЈП у погледу превентивног притвора у значајној мери измењен у последњих тридесет година. Наиме, крајем осамдесетих ЕСЈП је имао став о недопуштености превентивног притвора, док је прошле године учинио снажан заокрет у предмету *S., V. and A. V Denmark* допуштајући могућност лишења слободе ван контекста кривичног права, а због постојања ризика од извршења кривичног дела.

3.5.4. Притвор и претпоставка невиности

Одређивање притвора не сматра се повредом претпоставке невиности окривљеног, ни у пракси националних судова, ни у пракси Европског суда за људска права и међународних судова. Чак, шта више, употреба притвора, као процесног механизма несметаног вођења кривичног поступка, представља уобичајени начин функционисања кривичног поступка. Ипак, можемо се запитати да ли је све тако једноставно као што изгледа на први поглед, односно да ли постоје разлози због којих би притвор могао да утиче на претпоставку невиности.

¹¹⁴² *S S., V. and A. V Denmark*, Appl.nos.35553/12, 36678/12 and 36711/12, 22 October 2018, para 118-126

¹¹⁴³ *S S., V. and A. V Denmark*, Appl.nos.35553/12, 36678/12 and 36711/12, 22 october 2018, Joint partly dissenting opinion of judges DeGaetano and Wojtyczek, para 9

Суштина претпоставке невиности лежи у идеји да према окривљеном правосудни систем мора да се опходи као да је невин, из чега логично произилази да је искључена могућност сваке примене санкције на окривљеног пре него што буде осуђен, а да све присилне мере морају да буду примењене са великом дозом уздржаности.¹¹⁴⁴ Стога, „веза између притвора и претпоставке невиности (или било које присилне мере) није очигледна... чак напротив, ова веза би се могла сматрати крајње нелагодном.“¹¹⁴⁵ На инхерентну тензију између претпоставке невиности и притвора посебно утиче чињеница да је „немогуће игнорисати казнени карактер притвора.“¹¹⁴⁶

Сложеност односа претпоставке невиности и притвора препознао је Савет Европе, који је дао нормативни одговор на ово питање у виду Препоруке комитета министара о одређивању притвора, условима у којима се извршава и обезбеђивању заштите од злоупотребе Rec(2006)13.¹¹⁴⁷ У преамбули Препоруке, Комитет министара се позива на претпоставку невиности као полазну основу за даљи текст. У овом документу, Комитет министара подсећа да: притвореници треба да буду држани у условима и подвргнути режиму прикладном њиховом правном статусу и претпоставци невиности, као и да, са становишта претпоставке невиности и претпоставке у корист слободе, одређивање притвора треба да буде пре изузетак, него правило.

Можемо да уочимо неколико основних камена спотицања у односу претпоставке невиности (као процесног начела) и притвора (као процесног института који за циљ има несметано вођење кривичног поступка). Проблеми се уочавају у неправилној примени, злоупотреби или претеривању у примени притвора. Погрешан баланс доводи до тога да се притвор одређује „превише лако,

¹¹⁴⁴ E. van Sliedregt, *op.cit.* (2009), pg 263.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, pg 263.

¹¹⁴⁶ M. S. Gain, “The Bail Reform Act of 1984 and *United States v. Salerno*: Too Easy to Believe”, *Case Western Reserve Law Review*, no.139, 1989, 1371-1393, pg 1382.

¹¹⁴⁷ Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, Rec(2006)13, доступно на [https://pjp-eu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+\(2006\)+13](https://pjp-eu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+(2006)+13)

превише често или превише дуго траје.¹¹⁴⁸ До погрешног баланса долази, између осталог, због тенденције кривичног права да се бави превенирањем кривичних дела и због популистичких захтева, који произилазе из феномена страха од криминала. Нарушавање баланса резултује нејасним и широким основима за одређивање притвора, као и претераној слободи у њиховој примени.

Прво, у литератури се указује на глобални феномен претеране употребе притвора, тако да се годишње на светском нивоу одреди притвор у односу на 14 милиона људи.¹¹⁴⁹ Пораст притвора је приметан и на тлу Европе.¹¹⁵⁰ У неким земљама чак проценат притвореника, као затворске популације, значајно надмашује проценат лица која су на издржавању казне затвора.¹¹⁵¹ Претерана употреба притвора, у смислу броја осумњичених који су обухваћени овом процесном мером, може да има утицај на поверење јавности у рад правосуђа. Наиме, у ситуацији када се превише често прибегава одређивању притвора, а одређени проценат притвореника не буде оглашен одговорним, извесно је да ће у јавности доћи до сумње у рад правосуђа и пада поверења. Са друге стране, претерано често прибегавање одређивању притвора има и негативан економски ефекат који се огледа у трошковима притвора¹¹⁵², али и трошковима за накнаду штете на име неоснованог притвора.

Друго, приметно је снижавање стандарда сумње неопходног за примену притвора, као и ширење основа за одређивање и продужење притвора. Раније у

¹¹⁴⁸ L. Stevens, *op.cit.*, pg 167.

¹¹⁴⁹ Report of Open Society Justice Initiative's Criminal Justice program "*Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention*", Open Society Foundations, New York, 2014, pg 1.

¹¹⁵⁰ У Великој Британији је приметан стални раст броја притвореника. О овоме видети више у: S. Jones, "Guilty until Proved Innocent? The Diminished Status of Suspects at the Point of Remand and as Unconvicted Prisoners", *Common Law World Review* 32 (2003), 399-417, pg 404.

¹¹⁵¹ Report of Open Society Justice Initiative's Criminal Justice program "*Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention*", Open Society Foundations, New York, 2014, pg 1. Као пример претеране употребе притвора, студија указује на случајеве Боливије и Либерije у којима 80% до 90% лица лишених слободe су управо притвореници, а тек 10%-20% су лица на издржавању казне затвора.

¹¹⁵² Према истраживању Фондације за отворено друштво, један притвореник је Србију у 2010 години коштао 5.745,00 евра. Видети више у: Report of Open Society Justice Initiative's Criminal Justice program "*Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention*", Open Society Foundations, New York, 2014, pg 127.

тексту, у делу који се односи на питања тероризма, описана су законска решења из упоредног права која дозвољавају овакве могућности, укључујући и најекстремнији случај Гвантанамо. Оваква и слична законска решења доводе до тога да је један холандски судија изјавио „уколико си вешт, можеш да притвориш практично било кога“.¹¹⁵³

Трећи камен спотицања се односи на дужину трајања и услове трајања притвора, као и могућност одређивања притвора на неодређен период или претерано дуг период. Међу ове случајеве спадају и законска решења о могућности лишења слободе без постојања оптужбе (у смислу аутономног појма ЕСЈП). О наведеним и сличним законским решењима говорили смо у деловима који се односе на тероризам и превентивно лишење слободе. Ризик по претпоставку невиности из ове групе првенствено се односи на чињеницу да притвор, током трајања, све мање постаје мера несметаног вођења поступка, а све више казна. Дакле, казнени ефекат притвора расте сразмерно дужини његовог трајања. Друго, уколико услови у којима се притвор спроводи нису такви да одражавају статус окривљеног и претпоставку невиности, тада притвор (као процесна мера) практично постаје затвор, односно казна.¹¹⁵⁴ Треће, сегрегација притвореника од затвореника је неопходна, као предуслов претпоставке невиности, што је предвиђено у Међународном пакту о грађанским и политичким правима према коме се оптужена лица „држе одвојено од осуђеника и подвргавају се посебном поступку који одговара њиховом положају неосуђених лица“.¹¹⁵⁵

¹¹⁵³ F. van der Heide *et al.* (eds.), *Strafrechter en strafketen: de gang van zaken* (1995-2006), 59, цитирано према L. Stevens, *op.cit.*, pg 166.

¹¹⁵⁴ Апсурдно је да је третман притвореника у многим државама гори него што се то чини у односу на лица која издржавају казну затвора. О овоме видети више у: Report of Open Society Justice Initiative's Criminal Justice program "Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention", Open Society Foundations, New York, 2014, pg 2.

¹¹⁵⁵ Члан 10.ст.2. Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Имајући у виду ово право, подсећамо на контраверзну пресуду Европског суда за људска права *Peers v Greece*, ЕctHR, Appl.no. 28524/95, 19 April 2001, paras 76-78 у којој је ЕСЈП утврдио да не постоји кршење претпоставке невиности у случају када није дошло до раздвајања притвореника од затвореника, јер „ЕКЈП не садржи одредбу по којој треба да постоји различит третман лица лишених слободе у притвору и лица лишених слободе на издржавању казне затвора након правноснажне пресуде“.

Четврто, претпоставка невиности подразумева како ретроспективну, тако и проспективну перспективу.¹¹⁵⁶ Стога, сваки притвор, који је одређен или продужен због бојазни или процене да би осумњичени могао да изврши кривично дело, потенцијално може да представља кршење претпоставке невиности. Постоје аутори који сматрају да би, стога, из основа за притвор требало избацити бојазан да ће осумњичени извршити кривично дело и оставити само основе који су чисто процедуралне природе (нпр. опасност од бекства или сакривање доказа).¹¹⁵⁷ Ова претња по претпоставку невиности остварује се у виду превентивног лишења слободе, као и у виду притвора из кривичног процесног права. У односу на ову претњу важе све замке процене опасности о којима смо раније говорили у делу који се односи на превентивно лишење слободе.

О пракси ЕСЉП у односу на питања инхерентне тензије претпоставке невиности и притвора, говорили смо више у другом делу рада. На овом месту ћемо се осврнути само на два најзначајнија услова за законитост притвора, а која су у вези са претпоставком невиности. Први се тиче стандарда сумње. Наиме, ЕСЉП је поставио оправдану сумњу као неопходан услов законитости одређивања и продужења притвора. Појам оправдане сумње, у пракси ЕСЉП подразумева „постојање чињеница или информација на основу којих би објективни посматрач могао да закључи да је лице о ком је реч можда извршило то кривично дело.“¹¹⁵⁸ Са становишта ЕСЉП снижавање овог стандарда је недопуштено. Други се тиче дужине трајања притвора. Национални правосудни органи дужни су да дужина трајања притвора не превазилази разуман рок. Разуман рок трајања притвора одређује се зависно од околности сваког конкретног случаја, а уз поштовање претпоставке невиности.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁶ A. Duff, *op.cit.*, pg 120.

¹¹⁵⁷ L. Stevens, *op.cit.*, pg 169.

¹¹⁵⁸ Види: *Erdagöz v. Turkey*, ECtHR, Appl.nos.127/1996/945/746, 22. October 1997, para 51; *Fox, Campbell and Hartley v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.nos. 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30. August 1990, para 32

¹¹⁵⁹ Види: *Kemmache v. France*, ECtHR, Appl.no.12325/86 and 14992/89, 27 November 1991, para 45; *Labita v. Italy*, ECtHR, Appl.no.26772/95, 6 April 2000, paras 152-153

3.6. ИЗАЗОВИ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ У МАТЕРИЈАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ОБЛИКЕ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ

3.6.1. Контемпоралне тенденције у материјалном кривичном праву које утичу на претпоставку невиности

Закључак да ће „претпоставка невиности да буде замењена претпоставком кривице“¹¹⁶⁰ Хадсон изводи из чињенице да је друштво XXI века утицало на промене у кривичном праву у виду тенденција промене правила поступка у корист тужилаштва.

Међутим, није само кривично процесно право подложно тенденцијама угрожавања претпоставке невиности. Овој тенденцији није одолело ни кривично материјално право. Занимљив је закључак проф. Шкулића да се „уочава прилично проблематична тенденција да се неки доказни проблеми у пракси решавају одговарајућим решењима из домена материјалног кривичног права“.¹¹⁶¹ Односно, уочљиво је да измене материјалног права често за циљ имају олакшавање процеса доказивања јавним тужиоцима, односно слабљење процесних гаранција окривљеног као што је претпоставка невиности.

Са становишта промена у кривичном материјалном праву, промене за циљ имају ширење обухвата кривичних дела и потенцијалних учинилаца кривичних дела, а одвијају у три правца. Прво, померање радње кривичних дела у ранију временску фазу која претходно није била подложна санкционисању (*Vorfeldkriminalisierung*). Друго, тенденција увођења бројних правних и чињеничних претпоставки у кривично материјално право. Треће, тенденција ширења опсега лица одговорних за кривично дело, што се врши путем ширења облика одговорности.

Наведене тенденције, унете у дефинисање одређених група кривичних дела, одликују се чињеницом да се кривично материјално право, у великој мери,

¹¹⁶⁰ В. Hudson, *op.cit.* (2012), pg 208.

¹¹⁶¹ М. Шкулић, *op.cit.* (2019), стр. 210

приближава грађанском праву. Ово приближавање се одвија у два основна правца. Прво, у погледу чињенице да се законске и чињеничне претпоставке, које представљају карактеристику грађанског и управног права, у све већем обиму уносе у кривично материјално право, као елементи бића кривичног дела. Друго, у погледу чињенице да се облици одговорности из кривичног права, у виду индивидуалне и субјективне одговорности, све више уподобљавају облицима одговорности грађанског права у виду корпоративне, колективне одговорност, објективне одговорности и одговорности за опасну ствар.

Можемо да закључимо да су промене у кривичном материјалном плану резултат политичког захтева за превентивним деловањем кривичног права, као и резултат транзиционе правде као „правног механизма који прати и обележава велике политичке промене“¹¹⁶² и реализују се стварањем хибридних правних појмова.¹¹⁶³ Суштински, ради се о утицају постмодерне на кривично материјално право у ком будућност захтева шире одређење кривичних дела и уже схватање кривичне одговорности.¹¹⁶⁴

Описане тенденције у кривичном материјалном праву добиле су карактеристике глобалности из два разлога. Први се тиче чињенице да су наведене тенденције снажно прихваћене у међународном кривичном праву и да су из правца међународног кривичног права утицале и на национална законодавства. Други се односи на чињеницу да су национални системи уподобљавали кривично материјално законодавство захтевима за већом безбедношћу у погледу одређених претњи, као што је на пример тероризам или претња по полне слободе, и тако креирали бића кривичних дела, на основу којих законских дефиниција је олакшано утврђивање кривице и доношење осуђујуће пресуде. Измене су врло брзо превазишле националне оквире и постале глобално прихваћене.

¹¹⁶² И. Симовић Хибер, „Удружени злочиначки подухват“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 3/09, 153-169, стр. 155.

¹¹⁶³ *Ibid.*, 155. О хибридних правним појмовима било је речи више у делу који се односи на *pre-crime* теорију.

¹¹⁶⁴ Г. Ђорђевић, *Постмодернизам у међународном кривичном праву*. Текст објављен на сајту Нови полис, доступно на <http://www.novipolis.rs/sr/dosije/29725/postmodernizam-u-medjunarodnom-krivicnom-pravu.html>.

Анализирајући однос описаних тенденција и претпоставке невиности, можемо да закључимо да тенденције могу да представљају ризик по претпоставку невиности и то у облику Ештоновог модела ерозије којим се претпоставка невиности разређује, односно релативизује. Она више не представља постулат, већ постаје нужно зло, које је потребно разредити до нивоа у ком неће представљати препреку доказивању кривице. Аргумент оправдања за измену кривичног материјалног права и проширење опсега њеног деловања је вишеструк. Он се базира на чињеници да је релативизација претпоставке невиности, а у циљу лакшег доказивања кривице окривљеног, оправдана у ситуацији када се ради о тешким кривичним делима, јер општи интерес оправдава ограничење појединачног права окривљеног.

Ештон исправно примећује да тенденције у кривичном материјалном праву у виду „теста рационалне повезаности“ такође представљају претњу по претпоставку невиности. Овај тест налаже да се чињенице и закључци налазе у директној вези, тако да из постојања одређених чињеница нужно следи одређени закључак. Прецизније, доказивање директне везе између радње и последице није нужно, јер постоји законска претпоставка о рационалној повезаности чињенице и закључка, која законска претпоставка налаже логички след да, чим постоји одређена радња, постоји и последица. Дакле, „тест рационалне повезаности“, увођењем законске претпоставке, елиминише процес доказивања везе између радње и последице. Због наведеног, „тест рационалне повезаности“ олакшава посао јавном тужиоцу и повећава шансе за осуђујућу пресуду, због чега постаје саставни елемент бројних кривичних дела, како у националном, тако и у међународном праву.

Као добра илустрација измена материјалног кривичног права којом се угрожава претпоставка невиности је пример кривичног дела *Сполни одношaj без пристанка* из суседне Хрватске.¹¹⁶⁵ Основни облик кривичног дела може се извршити само са умишљајем и подразумева вршење полног односа или друге

¹¹⁶⁵ Кривично дело *Spolni одношaj без пристанка* је прописано чланом 152. *Kaznenog zakona*, NN 125/11, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18

полне радње са или над другом особом, без њеног пристанка. Лакши облик кривичног дела је прописан у ставу 2. и он предвиђа блажу казну за учиниоца уколико је био у отклоњивој заблуди у погледу пристанка оштећеног, чиме се практично уводи несвесни нехат као облик одговорности. Правилни су теоријски ставови који указују да став 2. овог кривичног дела ствара процесно правну последицу у виду пребацивања терета доказивања на окривљеног,¹¹⁶⁶ чиме се директно утиче на претпоставку невиности окривљеног. Стога, поступак доказивања става 2. овог кривичног дела би подразумевао да јавни тужилац има обавезу доказивања постојања полног односа или полне радње, а на окривљеног би прешла обавеза доказивања постојања пристанка што би све водило процесној подели терета доказивања између тужиоца и окривљеног.¹¹⁶⁷ Директна последица наведеног је олакшавање поступка доказивања јавном тужиоцу. Дакле, материјално кривично право је произвело директну последицу у процесним правима и обавезама јавног тужиоца и окривљеног. Да ли је наведено кривично дело у складу са праксом ЕСЈП у погледу претпоставке невиности, за сада није могуће одговорити. Ипак, неспорно је да ће се у евентуалном поступку пред ЕСЈП копља ломити око дозвољености пребацивања терета доказивања, обима пребаченог терета, као и питања да ли је пребачени терет чињенични или убеђујући.

Ни домаће материјално право није остало имуно на савремене тенденције. Идеалан пример *Vorfeldkriminalisierung* јесу измене Кривичног законика¹¹⁶⁸ из 2019. године. Тако, у кривично дело Тешко убиство из члана 114. изменама Законика је унет је став 2. којим су инкриминисане припремне радње. Радња извршења кривичног дела је, између осталог, и предузимање сваке радње којом се стварају услови за извршење тешког убиства. Правилно је подсећање проф. Стојановића да су припремне радње за убиство и раније у српском законодавству биле инкриминисане у Кривичном законик у Србије из 1977., године, као и

¹¹⁶⁶ О наведеним ставовима видети више у М. Шкулић, *op.cit.* (2019), стр. 209

¹¹⁶⁷ L. Cvitanović, D. Derečinović i dr, *Kazneno pravo – posebni dio, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb*, str. 213, цитирано према: М. Шкулић, *op.cit.* (2019), стр. 209.

¹¹⁶⁸ Закон о изменама и допунама Кривичног законика („Сл.гл. РС“, бр.35/19) од 21.05.2019. који Закон ступа на снагу 01.12.2019. године

подсећање на став савременог кривичног права да „припремне радње начелно не представљају кажњив стадијум у остварењу кривичног дела (осим ако су изричито прописане у законском опису одређеног кривичног дела, у ком случају добијају карактер радње извршења)“.¹¹⁶⁹ Померање радње извршења у ранију фазу, која претходно није била обухваћена радњом извршења кривичног дела је типичан пример измене материјалног кривичног права у друштву ризика, које делује, не у циљу генералне и посебне превенције, већ у циљу спречавања извршења конкретног кривичног дела, односно предухитрења будућег неизвесног учиниоца да изврши будуће неизвесно кривично дело.

Новије тенденције у изменама кривичног материјалног права које имају директан утицај на претпоставку невиности огледају се и у институтима међународног кривичног права. Исправно се у теорији указује да су институти командне одговорности и удруженог злочиначког подухвата директан производ тенденције решавања процесних изазова изменом материјалног права.¹¹⁷⁰

3.6.2. Командна одговорност

У међународном кривичном праву важи принцип индивидуалне и субјективне кривичне одговорности.¹¹⁷¹ Индивидуална кривична одговорност значи да се нико не може сматрати одговорним „за дело које није извршио, у чијем извршењу није на неки начин учествовао или у пропуштању које му се не може приписати.“¹¹⁷² Са друге стране, субјективни однос према кривичном делу, односно посебан психички однос према делу изражава се кроз англосаксонску концепцију *mens rea*.¹¹⁷³

¹¹⁶⁹ З. Стојановић, Коментар Кривичног законика. Девето измењено и допуњено издање. Према стању Кривичног законика од 01.12.2019. године и према стању законодавства од 21.05.2019. године, Службени гласник, Београд, 2019, стр. 453.

¹¹⁷⁰ М. Шкулић, *op.cit.* (2019), стр. 210.

¹¹⁷¹ М. Крећа, *op.cit.*, стр. 660.

¹¹⁷² А. Касезе, *op.cit.*, стр. 156.

¹¹⁷³ О општим и посебним категоријама *mens rea* у међународном кривичном праву видети више у: А. Касезе, *op.cit.*, стр. 184-208.

Са становишта наведених принципа међународног кривичног права, доктрина командне одговорности и удруженог злочиначког подухвата, настале управо под окриљем међународног кривичног права, делују у најмању руку подобне да изазову концептуалну конфузију, посебно из угла континенталног права, а с обзиром да садрже елементе одговорности за радње другог.

Доктрина командне одговорности настајала је дуго. Један од најранијих облика командне одговорности изнедрен је од стране Војне комисије САД у Манили у случају против јапанског генерала Tomoyuki Yamashita. О почетној сумњи у новостворену доктрину говори бранилац јапанског генерала у књизи у којој је описао суђење, наводећи да му је један од припадника тужилаштва рекао: „против њега немају баш ништа... покушавају поставити неку нову теорију – да је командант одговоран ако његове јединице прекрше законе ратовања, без обзира на то да ли је он таква кршења наредио, или чак да ли је уопште за њих знао. По таквом принципу би, ваљда и McArthurу требало судити. Такво право не ваља.“¹¹⁷⁴

Од установљења доктрине у случају Јамашита до данашњих дана командна одговорност је доживела еволуцију. Доктрина се развијала више у сфери судске, а значајно мање у нормативној сфери. Тако, Женевске конвенције из 1949. године, иако су за циљ имале кодификацију међународног хумантарног права, не познају доктрину командне одговорности.¹¹⁷⁵ Развој доктрине је био нарочито интензиван под окриљем *ad hoc* трибунала, који су овој правној доктрини дали облик норме¹¹⁷⁶ и пун легитимитет. Иако развијана под окривљем међународног обичајног права¹¹⁷⁷ и *ad hoc* трибунала, командна одговорност је пун нормативни

¹¹⁷⁴ A.F.Reel, *The Case of General Yamashita*, The Univeristy of Chicago Press, Chicago, 1949., pg 8, цитирано према: G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*,. Fond za humanitarno pravo i Fond za otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2009, str. 6.

¹¹⁷⁵ Види: Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, Нови Сад, 2003, стр. 13

¹¹⁷⁶ Члан 7. Ст.3. Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију прописује командну одговорност.

¹¹⁷⁷ Став да је командна одговорност део међународног обичајног права заступа велики број аутора, нпр. G. Mettraux, *op.cit.*, str.21. Са друге стране Ристивојевић оповргава ову тврдњу наводећи да доктрина командне одговорности није постала део међународног уговорног права, што говори у прилог тези да земље уговорнице командну одговорност нису сматрале

развој доживела у Статуту Међународног кривичног суда¹¹⁷⁸. Данас се неспорно командна одговорност сматра обликом кривичне одговорности у међународном кривичном праву.¹¹⁷⁹

У теорији и пракси неспорно је да доктрина командне одговорности обухвата три елемента. Први је однос између надређеног и подређеног, други елемент је сазнање надређеног о злочинима које представља *mens rea*, а трећи пропуштање надређеног да спречи или казни потчињене.

Међутим, основано се може поставити питање ком облику одговорности припада командна одговорност. Теорија и судска пракса дају различите одговоре на ово питање. Токијски трибунал је пошао од становишта да командна одговорност није облик личне одговорности, већ је то посебна категорија кршења закона и обичаја ратовања која је произашла из одговорности команданта за злочине његових подређених.¹¹⁸⁰ Дакле, првобитно се командна одговорност није сматрала обликом одговорности, већ кривичним делом. Постоје ставови према којима је командна одговорност облик одговорности за радње другог – потчињеног,¹¹⁸¹ односно, слично викарној одговорности, одговорност за кривична дела подређених.¹¹⁸² Потом, заступљени су ставови према којима је командна одговорност облик одговорности за саучесништво или облик личне одговорности *sui generis* за кажњиво пропуштање.¹¹⁸³ Ипак, постоје и ставови да је командна одговорност ништа друго до вид објективне одговорности у кривичном

„доказом опште праксе прихваћеним као право“. О другим аргументима који говоре у прилог тези да командна одговорност није део међународног обичајног права видети више у Б. Ристивојевић, *op.cit.* (2003), стр.55-60

¹¹⁷⁸ Члан 28. Статута Међународног кривичног суда прописује командну одговорност.

¹¹⁷⁹ Савремено нормативно поимање командне одговорности успостављено је у пресудама Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију – Челебићи и Хаџихасановић, а потврђено је и од стране Међународног кривичног суда у случају *Prosecutor v. Jose Cardoso Ferreira*.

¹¹⁸⁰ G. Mettraux, *op.cit.*, str. 37

¹¹⁸¹ Нпр: Б. Ристивојевић, *op.cit.*

¹¹⁸² M. Damaška, „The Shadow Side of Command Responsibility“, *Yale Faculty Scholarship Series* 1574, Yale 2001, 455-496, pg 455.

¹¹⁸³ G. Mettraux, *op.cit.*, str. 38.

праву.¹¹⁸⁴Различито разумевање облика одговорности код командне одговорности води и ка различитом начину разумевања њене правне природе. Стога се исправном може оценити Дамашкина констатација да је командна одговорност кишобран термин који може бити различито структуриран, тако да по правној природи може да представља грађанску, дисциплинску, али и кривичну одговорност.¹¹⁸⁵

Други значајан проблем у разумевању облика одговорности и правне природе командне одговорности лежи у односу према субјективном елементу кривичног дела – *mens rea*, што подразумева свест команданта у односу на кривична дела почињена од стране његових подређених. Тако, у случају Јамашита, Комисија којој је била поверена ревизија пресуде, нашла је да је за командну одговорност неопходна свест команданта о злочинима или могућност да има свест о злочинима подређених. Насупрот наведеном, Нирнбершки суд је стао на становиште да је неопходно да команданат има свест о злочинима потчињених и да није довољно да је само био у могућности да за злочине сазна.¹¹⁸⁶Статут Међународног кривичног суда, са друге стране, прави разлику између невојног надређеног и војног надређеног у погледу стандарда њиховог сазнања о извршеним злочинима. Тако, невојни надређени ће бити одговоран уколико је знао или свесно занемарио информације које су јасно указивале да су његови подређени извршили или су се спремали да изврше злочине. Војни надређени има виши стандард одговорности, па је тако одговоран уколико је знао или је, с обзиром на околности требало да зна да су његови подређени извршили злочине.

Развој докторине командне одговорности имао је и своју политичку позадину. Наиме, формирање међународних трибунала, па коначно и Међународног кривичног суда, са становишта светског јавног мњења, требало је да донесе правду и мир. Кажњавање за злочине оних који су управљали ратовима

¹¹⁸⁴ Ј. Ћирић, *Објективна одговорност у кривичном праву*, Институт за упоредно право, Београд, 2008, стр. 142-182.

¹¹⁸⁵ М. Дамашка, *op.cit.* (2001), pg 455.

¹¹⁸⁶ Б. Ристивојевић, *op.cit.*, стр. 9., 11.

и војском је био логичан захтев јавности, јер је то био начин неутрализације њиховог политичког утицаја. Стога су тужиоци међународних судова показали занимање пре свега за „високо позициониране функционере на међународном нивоу...јер, они који су на вишем месту у хијерархији носе и већу одговорност за зверства великих размера“.¹¹⁸⁷ Зверства великих размера требало је да добију име и лик неког јавности познатог, она нису могла да остану дело нискорангираних војника или широј јавности непознатих људи. Како је ретка појава да високо позиционирани функционери учествују у радњама извршења кривичних дела, стога је за њихово довођење пред правду требало смислити заобилазни начин, односно успоставити посебан облик одговорности. Новокреирани облик одговорности је дизајниран тако да олакша тужиоцима пут до осуђујуће пресуде војних или политичких лидера. Дobar пример за наведено је чињеница да је Међународни кривични трибунал за бившу Југославију укинуо захтев каузалности између радње и последице са мотивом да „доказивање одговорности буде мањи изазов за органе гоњења“.¹¹⁸⁸ Стога, можемо рећи да је командна одговорност настала као правни одговор политичком захтеву. Међутим, оправдано се може поставити питање: за кога је креирана командна одговорност – за све или само за оне високо позициониране функционере који су рат изгубили?

Како се облик одговорности, терет доказивања и стандард доказивања јасно рефлектују на претпоставку невиности, о чему је раније било речи, навешћемо основне разлоге због којих претпоставка невиности може бити угрожена под окриљем доктрине командне одговорности.

Прво, одговорност у случају војног надређеног који је требало да зна за злочине подређених можда на први поглед делује као одговорност за несвесни нехат, али практично то значи ништа друго до увођење „правне претпоставке сазнања“¹¹⁸⁹ надређеног с обзиром на његов статус, односно увођење објективне одговорности путем претпостављања субјективног елемента *mens rea*. Када

¹¹⁸⁷ G. Mettraux, *op.cit.*, str. 15.

¹¹⁸⁸ G. Mettraux, *op.cit.*, str. 9

¹¹⁸⁹ I. Miljuš, B. Stanković, „Komandna odgovornost. Problem dokazivanja u postupcima pred Međunarodnim sudom“, *Pravni život* 9/2018, 2018, 581-600, str. 595.

постоји правна претпоставка сазнања, иако оборива, она претпоставља да је терет доказивања немогућности сазнања на оптуженом.¹¹⁹⁰ Пребацивање терета доказивања са тужиоца на окривљеног је проблематично са становишта претпоставке невиности, тим пре што се у конкретном случају не ради о чињеничном терету доказивања, већ о убеђујућем терету доказивања.

Друго, доктрина командне одговорности која подразумева еклектичну правну природу одговорности – између грађанске, дисциплинске и кривичне одговорности, нужно доводи до нарушавања стандарда доказивања у кривичном праву. Наиме, стандард доказивања је у директној вези са обликом одговорности и правном природом одговорности. Тако, иако је стандард доказивања изван разумне сумње код командне одговорности номинално очуван, чињеница да правна природа одговорности није чисто субјективна, нити чисто кривична, доводи до тога да се нужно прихвата и нижи стандард доказивања типичан за грађанско право¹¹⁹¹ или дисциплински поступак. Снижавање стандарда доказивања неспорно води нарушавању претпоставке невиности.

Од значаја је поменути и једно новије виђење улоге доктрине командне одговорности у међународном кривичном праву према којој доктрина командне одговорности суштински представља „дужност спречавања ратних злочина“.¹¹⁹² Ова улога доктрине командне одговорности у циљу превенције вршења међународних кривичних дела, иде под руку са савременом футуристички оријентисаном превентивном улогом кривичног права, о чему је било речи раније.

¹¹⁹⁰ М. Шкулић, *op.cit.* (2005), стр.180.

¹¹⁹¹ У англосаксонском праву, на ком почивају судски поступци пред међународним трибуналима, стандард доказивања у грађанским парницама је значајно нижи него у кривичним поступцима (исто важи и за континентално право). Тако, стандард доказивања у кривичним поступцима је *beyond reasonable doubt*, а у грађанским *balance of probabilities*, односно *preponderance of evidence*.

¹¹⁹² А. McCarthy „Erosion of the Rule of Law as a Basis for Command Responsibility under International Humanitarian Law”, *Chicago Journal of International Law*, Volume 18, No.2., 2018, pg 553-593, 555.

3.6.3. Удружени злочиначки подухват

Удружени злочиначки подухват или заједнички злочиначки подухват развијен је под окриљем Хашког трибунала у другостепеној пресуди у предмету Тадић из 1999. године под називом Joint Criminal Enterprise (JCE) и представља правну доктрину о „облику учешћа више лица у извршењу кривичног дела.“¹¹⁹³ Суштина ове правне концепције лежи у идеји да се прошири дејство члана 7. Статута Трибунала, којим је прописана индивидуална кривична одговорност, јер је Жалбено веће било мишљења да тумачење предмета и циља Статута у смислу члана 1., даје могућност проширења надлежности на све „одговорне за озбиљне повреде међународног хуманитарног права“¹¹⁹⁴ и не ограничава се само на оне који су радњу предузели.

Удружени злочиначки подухват се развио у три категорије. Прва категорија се односи на ситуацију када више лица поступа у складу са заједничким циљем, при том остварујући злочиначку намеру. Дакле, ова концепција одговорности почива на идеји заједничког плана, односно подухвата где се сви учесници третирају као саизвршиоци.¹¹⁹⁵ Друга категорија обухвата идеју прве категорије, само што се односи на деловање у оквиру система, односно она има системски карактер.¹¹⁹⁶

Трећа категорија отвара могућност ширег опсега одговорности и она постоји у ситуацији када један од учесника у заједничком злочиначком подухвату изврши кривично дело, које није било предвиђено заједничким циљем подухвата. Тада ће постојати одговорност и других учесника у подухвату, уколико извршено кривично дело представља природну и предвидљиву последицу реализације заједничког циља. Дакле, учесник у заједничком злочиначком подухвату, не само

¹¹⁹³ С. Стојановић, „Joint Criminal Enterprise – заједнички злочиначки подухват као повреда права оптуженог у поступку пред трибуналом у Хагу“ у Ђ. Лопичић (ур), *Међународно кривично право*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 211.

¹¹⁹⁴ ICTY, Prosecutor v Dusko Tadic, IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment 15 July 1999., para 189 <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

¹¹⁹⁵ И. Симовић Хибер, *op.cit.* (2009), стр. 158.

¹¹⁹⁶ М. Шкулић, „Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву“, Саветовање Тара, 2019, 46-84, стр. 81.

да је одговоран за кривична дела која произађу из плана заједничког злочиначког подухвата, него и за она кривична дела која нису била предвиђена подухватом и представљају ексцес у односу на основни план, али су, по својој природи, могла представљати предвидљиву последицу самог подухвата. Хашки трибунал је у својим одлукама образлагао субјективне елементе неопходне за постојање кривице. Тако, установљено је да субјективне елементе чине: намера за учествовање у даљој сврси удруженог злочиначког подухвата и могућност окривљеног да предвиди природну и предвидљиву последицу реализације заједничког циља.¹¹⁹⁷

Трећи облик удруженог злочиначког подухвата је једна од најконтраверзнијих савремених концепција међународног кривичног права¹¹⁹⁸ и претрпео је бројне критике нарочито у погледу питања кривице и питања законитости. Тако, проф. Стојановић сматра да он представља „грубу повреду начела кривице и начела законитости“, као и да се њима брише граница између „саизвршиоца, подстрекача и помагача“. ¹¹⁹⁹ Теорија указује и на опасност проширивања одговорности, што води до „недопустивог каучук карактера формулације“ ¹²⁰⁰, као и на чињеницу да ова правна доктрина суштински

¹¹⁹⁷ Видети више у: G. Boas, James L. Bischoff, Natalie L. Reid, *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2007, 68-79.

¹¹⁹⁸ О контраверзама удруженог злочиначког подухвата видети више у: E. van Sliedregt, „Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide“, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 184-207, pg 184. Доктрина удруженог злочиначког подухвата је имала опоненте и у самом Хашком трибуналу. Тако, у наведеном тексту аутор подсећа на издвојено мишљење судије Per-Johan Lindholm у пресуди Симић где је навео да се не слаже са доктрином удруженог злочиначког подухвата у конкретном случају и уопште. „Концепт или доктрина је изазвала конфузију и губљење времена и, по мом мишљењу, не служи раду Трибунала, нити развоју међународног кривичног права“. *Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Per-Johan Lindholm, Judgment, Simic (IT-95-9-T), Trial Chamber II, 17 October 2003*, x 2-5

¹¹⁹⁹ З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Краљево, 2017, стр. 73 – 74.

¹²⁰⁰ М. Шкулић, „Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву“, *Саветовање Тара*, 2019, 46-84, стр. 81.

представља прихватање *conspiracy* теорије, односно завере као облика одговорности у виду „специфичног доприноса учиниоца кривичном делу.“¹²⁰¹

Суштински, будући да се ради о концепту који превазилази јасно успостављене границе и облике одговорности, као и да улази у суштинско питање кривице, њиме се креира поприлично дифузна правна сфера што води ка „концептуалној конфузији и конфликту са фундаменталним принципима међународног кривичног права“.¹²⁰²

Због примедби да удружени злочиначки подухват задире у поставке који се налазе у самој сржи кривичног материјалног права, не треба да зачуди чињеница да је од стране појединих аутора ова правна концепција названа „магичним оружјем у рукама тужиоца“¹²⁰³ или „производом тужилачке домишљатости и судске креативности“¹²⁰⁴ или, уз дозу хумора доктрином Just Convict Everybody (JCE) „само осуди све“¹²⁰⁵ која алудира на акроним Joint Criminal Enterprise (JCE).

Сва три иронична призвука о концепцији удруженог злочиначког подухвата несумњиво указују на то да је циљ ове концепције олакшавање терета доказивања јавног тужиоца, што неминовно нарушава баланс између странака и претпоставку невиности као коректив и гаранцију баланса између тужиоца и окривљеног. Олакшавање доказивања тужиоцу се остварује путем снижавања стандарда за учешће у кривичном делу и тиме снижавања стандарда

¹²⁰¹ О завери као основу удруженог злочиначког подухвата видети више у: М. Шкулић, „Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву“, Удружење за међународно кривично право, Саветовање Тара, 2019, 46-84, стр 46 и И. Симовић Хибер, *op.cit.* (2009), стр. 159.

¹²⁰² К. Ambos, „Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility“, *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), 159-183, pg 159.

¹²⁰³ *Ibid.*, pg 159.

¹²⁰⁴ S. Powles, „Joint Criminal Enterprise – Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity“, *Journal of International Criminal Justice* 2(2004), 606-619.

¹²⁰⁵ Доктрину Just Convict Enyone JCE или преведено доктрину „само осуди све“ први је иронично изрекао професор Вилијем Шабаз на предавању 5th Annual ‘International Criminal Court-Summer Course’, Galway, 2005. О овоме видети више у тексту судије и бившег министра правде Египта Mohamed E. Badar, „Just Convict Everyone!“ – Joint Perpetration: From Tadic to Stakic and Back Again“, *International Criminal Law Review* 6: 293–302, 2006 као и у М. Шкулић, „Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву“, Саветовање Тара, 2019, 46-84, стр. 50.

одговорности. Наиме, ова домишљата правна концепција одговорности, *de jure* задржава концепт индивидуалне и субјективне одговорности (кривице), али *de facto*, у практичној примени, омогућава „својеврсан вид објективне одговорности, чиме се одступа од начела кривице.“¹²⁰⁶ Може се рећи да је удружени злочиначки подухват у „капиталном сукобу са принципом субјективне одговорности“¹²⁰⁷, да представља изузетак од апсолутног принципа индивидуалне одговорности у међународном кривичном праву¹²⁰⁸, односно да се њиме уводи објективна одговорност у кривично право и то у форми *strict liability*.¹²⁰⁹

У погледу односа удруженог злочиначког подухвата и претпоставке невиности можемо да укажемо на три постојеће тензије које доводе у питање могућност примене претпоставке невиности на удружени злочиначки подухват.

Прво, оправдано се може изразити сумња у то да ли у конструкцији удруженог злочиначког подухвата уопште постоји кривица, какву је познајемо у виду индивидуалне и субјективне одговорности. Уколико изразимо сумњу у постојање кривице какву је познајемо, нужно следи и да изражавамо сумњу у постојање претпоставке невиности, јер границе примене претпоставке невиности се нужно вежу за границе кривице. Претпоставка невиности постоји тамо где постоји сумња на кривицу. Уколико не знамо шта су обриси кривице, односно, ако су ти обриси „неодређени и магловити“,¹²¹⁰ како онда можемо да тврдимо да постоји претпоставка невиности, која суштински значи негацију кривице. Из овога нужно следи да је начело претпоставке невиности, код удруженог злочиначког подухвата, подједнако магловито, баш као и сам удружени злочиначки подухват.

¹²⁰⁶ М. Шкулић, „Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву“, Саветовање Тара, 2019, 46-84, 59.

¹²⁰⁷ И. Симовић Хибер, *op.cit.* (2009), стр. 162.

¹²⁰⁸ М. Крећа, *op.cit.*, стр. 660. На истом месту проф. Крећа наводи да и доктрина командне одговорности такође представља изузетак од начела индивидуалне одговорности.

¹²⁰⁹ К. Ambos, *op.cit.*, pg 160.

¹²¹⁰ М. Шкулић, *op.cit.* (2009), стр. 59.

Друго, уколико прихватимо да удружени злочиначки подухват није ништа друго до увођење објективне одговорности¹²¹¹ у међународно кривично право, онда следствено закључујемо да доказивање виности није потребно, јер ће кривица постојати и без виности. У оваквој правној конструкцији одговорности претпоставка невиности не може бити примењена, из два разлога. Први лежи у чињеници да се претпоставка невиности односи како на субјективне, тако и на објективне елементе дела. Други лежи у чињеници да је концепт објективне одговорности у суштинском конфликту са претпоставком невиности. Наиме, претпоставка невиности значи претпоставку да окривљени није крив, а објективна одговорност подразумева инхерентну претпоставку да је окривљени крив.

Треће, уколико прихватимо тумачење доктрине удруженог злочиначког подухвата према којем ова доктрина не нарушава начела индивидуалне и субјективне одговорности, које тумачење прихвата и Хашки трибунал, нужно ћемо наићи на проблем. Наиме, како субјективни елемент чини могућност окривљеног да предвиди *природну и предвидљиву последицу реализације заједничког циља*, може се оправдано поставити питање - како је на овај елемент могуће применити претпоставку невиности? Делује да је у конкретном случају, у доктрини удруженог злочиначког подухвата, примењен Ештонов „тест рационалне повезаности“ којим је успостављена директна веза између свести окривљеног о деловању групе и свих појединаца у групи и антиципаторног закључка о будућем могућем понашању групе или појединаца у групи.¹²¹²

¹²¹¹ У теорији се сугерише да је облик одговорности код удруженог злочиначког подухвата сличан облицима објективне одговорности у грађанском праву – одговорност за малолетника, одговорност за опасну ствар или *strict liability* и *product liability* из англосаксонског права. Видети више у: И. Симовић Хибер, *op.cit.* (2009), стр. 162-163. Наведено само потврђује претходно изнету тезу да савремено материјално кривично право преузима облике одговорности из грађанског права у циљу постизања вишег степена ефикасности поступања.

¹²¹² У студији под називом „Теорија заједничког злочиначког поthvata i међународно казно право – изазови i контроверзе“ у изнетих 10 закључака теоретичари из Хрватске Бојанић, Деречиновић, Хорватић, Крапац и Сершић наводе да извођење закључака о постојању оптуженикове намере из објективних околности јесте спорно са становишта претпоставке невиности. Више о наведеном видети у: Б. Векарић, *Кривичноправне специфичности ратних злочина*, АТС, Београд, 2017., стр. 236

Командна одговорност и удружени злочиначки подухват су сигуран рецепт за успех јавног тужиоца. Настали под окриљем међународног правосуђа, представљају експеримент облика одговорности под којим је одбрана оптуженог значајно отежана, а посао тужиоца значајно олакшан. Обе доктрине или концепције стога имају исти мотив, али и крајњи циљ. Уколико једна од њих не пружа шансе тужиоцу за успех у поступку, он ће лако прибећи другој. Недостаци једне су покривени предностима друге концепције и једну или другу је могуће применити у сваком случају, а шансе за успех тужиоца су скоро загарантоване.

3.7. РАСТУЋИ ЗАХТЕВ ЗА ЕФИКАСНОШЋУ ПОСТУПАЊА. ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ

3.7.1. Поједностављене форме поступања

Захтев за ефикасношћу државе на пољу борбе против криминала постаје део савремене политичке агенде. Овај захтев иде под руку са растућом друштвеном потребом за безбедношћу, која потреба одликује касну модерну.

Појам ефикасност означава деловање у циљу постизања одређеног циља, с тим да циљ буде остварен уз минималну употребу ресурса, укључујући и ресурс времена. Дакле, у кривичном поступку, ефикасност би, пре свега, означавала постизање циља кривичног поступка – да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу изрекне кривична санкција¹²¹³, као и сврхе кривичних санкција – сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством.¹²¹⁴ Ови циљеви треба да буду постигнути у кратком временском року, како би се показала извесност кривичног гоњења и санкционисања. Извесност је основни предуслов за остваривање превентивне функције кривичног права, јер „превентивна функција законске норме уопште, а тиме и норми кривичног законодавства није толико у њеној строгости, колико у

¹²¹³ Члан 1. став .1. Законика о кривичном поступку РС

¹²¹⁴ Члан 4. став 2. Кривичног законика РС Сл. гласник РС, Бр.85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

неминовности њене примене на свако лице у случајевима када су испуњени зато прописани законски услови.“¹²¹⁵ Стога, савремени кривичноправни системи, полазећи од англосаксонске правне максиме *justice delayed is justice denied*, питање времена трајања кривичног поступка у односу на његов крајњи исход, постављају у фокус интересовања. Томе је допринео и развој свести о праву на правично суђење и праву на суђење у разумном року, као и успостављање стандарда о разумним роковима суђења од стране ЕСЉП. Са друге стране, развој свести о потреби ефикасног управљања правосудним системима, поставља за циљ рационализацију употребе правосудних ресурса (људских, просторних, па и временских) ради постизања бољег крајњег ефекта.¹²¹⁶

Све наведено отворило је пут ка изменама кривичног процесног законодавства, у правцу креирања упрошћених или поједностављених форми поступања, као вида унапређења процесне економије. Поједностављене форме поступања, суштински, за идеју имају постизање већег степена ефикасности поступања, а то се чини простим избегавањем или упрошћавањем пуне процедуре кривичног поступка. Дакле, поједностављене форме поступања нису ништа друго до избегавање редовног кривичног поступка које се одвија у виду скретања или диверзификације. Поједностављене форме поступања одликује нижи степен процесне структуре у односу на редовну форму поступања и у облику изостављања појединих процесних фаза, скраћивању рокова и деформализацији кривичног поступка, као што је изостављање одређених формалности и гаранција.¹²¹⁷ Са друге стране, поједностављене форме поступања су неретко праћене и различитим облицима кривичноправне реакције у виду могућности

¹²¹⁵ С. Бејатовић „Тероризам и друга кривична дела насилничког карактера и кривичноправни инструменти супротстављања“ у зборнику радова: *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера*, Теслић, 2016, 6-31, стр. 10.

¹²¹⁶ Као пример наведеног видети *Serbia Judicial Functional Review, Multi-Donor Trust Fund for Justice Sector Support in Serbia*, October 2014, доступно на <http://www.mdtfjss.org.rs/data/pub/sjfr/en/Serbia-Judicial-Functional-Review.pdf>

¹²¹⁷ С. Бејатовић „Поједностављене форма поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона“ у И. Јовановић, М. Станисављевић (ур), *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима. Регионална кривичноправна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији*, Београд, 2013, стр. 15

изрицања или налагања алтернативних санкција, које излазе из опсега кривичних санкција, а нарочито казне затвора.

Бројни су аргументи који иду у прилог поједностављених форми поступања. Један од основних лежи у чињеници да постојање хетерогене структуре криминалитета оправдава упрошћавање процедуре у односу на лакша кривична дела.¹²¹⁸ Наведени аргумент оправдава рационализацију коришћења правосудних ресурса у зависности од тежине кривичног дела. Други важан аргумент се тиче сазнања проистеклог из криминологије да казна затвора често више шкоди него што доприноси реализацији циљева кривичног права,¹²¹⁹ као и других криминолошких сазнања у области ресторативне правде.

Поједностављене форме поступања препоручене су и од стране Комитета министара Савета Европе у Препоруци (87)18.¹²²⁰ Препорука полази од чињенице да је број кривичних предмета у порасту, нарочито у погледу кривичних дела нижег интензитета опасности, као и од чињенице да дуготрајни кривични поступци могу да постану генератор бројних проблема и утичу на смањење поверења јавности у правосуђе. Комитет министара препоручује прилагођавање кривичног процесног законодавства у циљу омогућавања поједностављења кривичних поступака, установљења принципа дискреционог кривичног гоњења, сумарних кривичних поступака, нагодби и других алтернатива кривичном гоњењу.

Тенденција увођења и ширења поједностављених форми поступања приметна је у српском кривичном процесном праву, као и у кривично процесним

¹²¹⁸ М. Грубач, „Рационализација кривичног поступка упрошћавањем процесних форми“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр.1-3/84, 290 и С. Бејатовић, *op.cit.* (2013), стр. 12

¹²¹⁹ З. Стојановић, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у зборнику *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 21

¹²²⁰ Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of criminal justice

системима земаља региона.¹²²¹ Међутим, неспорно је да поједностављене форме поступања прихваћене у нашем законодавству вуку порекло из кривично процесних института земаља континентално европског права и англосаксонског права. Стога, можемо да закључимо да у нашем правном систему, као и у другим националним кривично правним системима, постоји паралелно постојање редовне форме кривичног поступка, која је предвиђена као правило, али и постојање више различитих поједностављених форми поступања.¹²²²

У домаћем кривичном процесном праву развијено је неколико поједностављених форми поступања у односу на пунолетна лица: начело опортунитета; могућност изрицања кривичних санкција без главног претреса; ширење могућности вођења скраћеног кривичног поступка; три могућа облика споразумевања јавног тужиоца и окривљеног.¹²²³

Неспорно је да поједностављене форме поступања одликује делимично одступање од строге формалности редовног поступка. Ово одступање се у теорији карактерише као деформализација кривичног поступка у виду изостављања одређених формалности и гаранција. Неспорно је да поједностављене форме поступања могу да одступе од строге формалности и гаранција редовног поступка само до границе њиховог упрошћавања, али ни у ком случају не би смеле да закораче у сферу негирања неког од процесних права окривљеног. Дакле, поједностављене форме поступања морају да буду у складу са свим процесним гаранцијама које произилазе из међународних докумената којима се штите људска права, а посебно документима који штите људска права у судским поступцима.

¹²²¹ О овој тенденцији и облицима поједностављених форми поступања, како у Србији, тако и у земљама региона, видети више у: И. Јовановић, М. Станисављевић (ур), *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима. Регионална кривичноправна законодавства и искуства у примени*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013

¹²²² S. Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2004

¹²²³ С. Бејатовић, *op.cit.* (2013), стр. 13-14. Под начелом опортунитета у домаћој правној теорији, у односу на пунолетна лица, сматра се примена одлагања кривичног гоњења из члана 283. ЗКПа, као и одбацивање кривичне пријаве из члана 284.ст.3. ЗКПа. О начелу опортунитета кривичног гоњења у домаћој теорији и пракси видети више у: Ј. Киурски, *Начело опортунитета кривичног гоњења*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, Београд

Међутим, чињеница да поједностављене форме поступања *de jure* не нарушавају процесна права окривљеног, није довољна да закључимо да ове форме поступања *de facto* и у целости задовољавају стандарде фер суђења, а посебно претпоставку невиности. Као што редовни поступак има инхерентне замке, које могу да иду на уштрб претпоставке невиности, може се рећи да су те замке израженије код поједностављених форми поступања с обзиром да су могућности ефикасног учешћа окривљеног у поступку лимитиране, као и начело контрадикторности.¹²²⁴

У наставку ћемо указати на могуће ризике по претпоставку невиности у односу на примену две поједностављене форме поступања које се, у српском кривичном процесном праву, називају споразум о признању кривичног дела и начело опортунитета кривичног гођења.

3.7.2. Споразум о признању кривичног дела и претпоставка невиности

Споразум о признању кривичног дела, под називом „споразум о признању кривице“, уведен је у правни систем Републике Србије Закоником о кривичном поступку из 2006. године.¹²²⁵ Овај правни институт представља „испреговарано или договорено“¹²²⁶ признање оптуженог, које подразумева и преговарање и договор у вези будуће кривичне санкције која ће бити изречена окривљеном. Споразум о признању кривичног дела увезен је у наш правни систем, као и бројне друге континентално европске правне системе, из америчког кривичног процесног права. У САД је овај кривичнопроцесни институт познат под називом *plea-bargaining*, што би у буквалном преводу значило погађање или ценкање у вези признања.

Важно је поменути да је корене овог кривичнопроцесног института потребно тражити у две специфичности адверзијалног кривичног поступка. Прво, у чињеници да признање окривљеног у адверзијалном систему представља

¹²²⁴ О овоме видети више у: К. Vriend, *Avoiding a Full Criminal Trial, Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, Springer, 2016, pg 259.

¹²²⁵ Законик о кривичном поступку, Службени гласник Републике Србије бр.46/2006

¹²²⁶ М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр. 330.

изузетно снажан доказ и када признање постоји, онда није потребно трагање за другим доказима ради поткрепљења признања. Друго, да у адверзијалном кривичном поступку суд нема дужност да утврђује истину, већ само да обезбеди правичан поступак. Континентално европски кривични поступак, супротно наведеном, подразумева начело материјалне истине, сходно коме суд има обавезу да утврђује истину, а признање окривљеног је само један од доказа који, сам по себи, не може бити основ за осуђујућу пресуду. Наведене две специфичности осликавају неке од основних разлика између континентално-европског и адверзијалног кривичног поступка. Само на основу описаног, може се наслутити колики је потрес изазвало увођење *plea-bargaining* у кривично процесне системе који су традиционално били у доброј мери континентално-европски оријентисани.

Институт *plea-bargaining*, иако у пракси познат и пре америчког грађанског рата, пун замах доживео је у САД током прохибиције када се у великој мери повећао број кривичних дела, што је захтевало ефикасније реаговање државних органа у борби против криминала, а истовремено је захтевало и нижу цену суђења. У време прохибиције *plea-bargaining* се примењивао у неформалном смислу, али криминолошка истраживања из тог периода сведоче да се 77% предмета окончавало признањем окривљеног ком је претходило преговарање са тужиоцем.¹²²⁷ Међутим, *plea-bargaining* је у формалном смислу прихваћен у америчком праву тек 1970те године и то у случају *Brady v. United States*¹²²⁸ када је Врховни суд Америке констатовао да је *plea-bargaining* инхерентан америчком кривичном праву и његовом спровођењу. Данас се у САД преко 95% кривичних предмета окончава применом института *plea-bargaining*, а у Енглеској и Велсу овај проценат је око 70%.¹²²⁹

Plea-bargaining, као институт кривичног процесног права, обухвата договорено признање у замену за одређену санкцију. Дакле, предмет преговора и договора, односно предмет овог, условно речено, уговора између јавног тужиоца

¹²²⁷ A. Alschuler, "Plea Bargaining and Its History " 79 *Columbia Law Review* 1 (1979), pg 26.

¹²²⁸ *Brady v United States*, 397 U.S. 742 (1970).

¹²²⁹ R. L.Lipke, *op.cit.* (2016), pg 53.

и окривљеног су: предмет оптужења *charge bargaining* и кривичноправна санкција *sentence bargaining*.¹²³⁰ *Plea-bargaining*, у теоријском смислу, обухвата три основне категорије преговарања и споразума¹²³¹. Прва се односи на редукцију оптужбе, тако што се тужилац обавезује да ће кривично гоњење предузети у односу на лакше кривично дело или у односу на лакши облик кривичног дела у замену за признање. Друга категорија представља обавезивање тужиоца да одустане од кривичног гоњења одређених кривичних дела, у замену за признање. Трећа категорија подразумева постизање сагласности тужиоца и окривљеног у погледу санкције која ће бити предложена суду, у замену за признање окривљеног.

Plea-bargaining је настао као последица доказне снаге признања у адверзијалном кривичном поступку, али се даље развио и ширио на тло континенталне Европе, као последица системске потребе за ефикасношћу кривичног правосуђа и штедњом финансијских ресурса неопходних за њено спровођење.¹²³²

Ипак, колико *plea-bargaining* има предности у пракси, толико има и критичких тонова усмерених ка овом кривичнопроцесном институту. Тако, уочљиво је да *plea-bargaining* представља „заокрет од суђења ка преговарању“,¹²³³ чиме се урушава суштина кривичног поступка. Ово је нарочито забрињавајуће уколико се има у виду да само око 5% кривичних предмета заврши на суђењу, док се сви преостали окончавају преговорима, тј *plea-bargaining*. Такође, забрињавајућа је чињеница да у систему *plea-bargaining* нико за циљ нема трагање за истином, а да овај правни институт нужно води ка одређеној врсти интересног савеза између окривљеног, тужилаштва и судова, што је супротно њиховој противничкој кривичнопроцесној улози. Традиционални интерес

¹²³⁰ D. Nikolić, *Sporazum o priznanju krivice*, Studentski kulturni centar Niš, 2006, str. 34.

¹²³¹ М. Шкулић, *op.cit.* (2014), стр.333.

¹²³² R. Schehr, "Standard of Proof, Presumption of Innocence, and Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-trial Criminal Procedure" *California Western Law Review*: Vol. 54 : No. 1 , Article 3., 2018, 51-101, pg 101.

¹²³³ M. Mcconville and C. L Mirsky, *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*, Hart Publishing, 2005, Oxford, pg 3.

окривљеног – да буде ослобођен, јавног тужиоца – да докаже кривицу и суда – да утврди истину (у континентално-европском), односно да пружи правично суђење (у адверзијалном систему), замењени су заједничким интересом – постизањем споразума који би окривљеном донео – прихватљиву санкцију, јавном тужиоцу – осуђујућу пресуду, а суду – растерећење од компликованог суђења у коме је могуће начинити грешку. *Plea-bargainig* свакој страни доноси олакшање, јер су све стране лишене ризика који би даље могли да произађу из кривичног поступка. Са друге стране, чињеница да је *plea-bargaining* постало правило, а суђење ретки изузетак у многим правним системима, указује на савремене тенденције кривичног правосуђа, које за циљ имају уштеду новца и времена.

Највећи разлог за забринутост можда лежи у чињеници да *plea-bargaining* трансформише кривично правосуђе, из статуса у ком је држава морала да доказује кривицу окривљеног, у статус у коме окривљени (без обзира на материјалну кривицу или невиност) мора да пружи напор да се одупре притиску да призна кривицу,¹²³⁴ јер *plea-bargaining* систем постаје, не више ствар слободног избора окривљеног, већ продукт околности¹²³⁵ или мода кривичнопроцесних система „милом или силом“.¹²³⁶

Наведени теоријски, али и бројни практични разлози у виду ризика од тога да невини окривљени буду осуђени, довели су у питање оправданост примене *plea-bargaining* института и у самој САД. Тако, савезна држава Аљаска је у периоду од 1975. до 1990. забранила примену *plea-bargaining*, уз образложење да је потребно враћање поверења јавности у правосудни систем.¹²³⁷

¹²³⁴ *Ibid.*, pg 3.

¹²³⁵ A. Alschuler, "The Prosecutor's Role in the Plea Bargaining," *University of Chicago Law Review*, 36, 1968, 50-112, pg 50.

¹²³⁶ G. Fisher, *Plea Bargaining's Triumph, A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, Stanford, 2003, цитирано према R. L. Lippke, *op.cit.* (2013), pg 348.

¹²³⁷ О забрани *plea-bargainig* на Аљасци видети више у: T. White Carns and J. Kruse, "A Re-evaluation of Alaska's Plea-bargaining Ban", *Alaska Law Review*, Vol. 8:27, 1991, 27-69.

3.7.3. Да ли је споразум о признању кривичног дела компатибилан са претпоставком невиности?

Имајући у виду изнете опште примедбе на *plea-bargaining*, оправдано можемо поставити питање да ли је *plea-bargaining* у складу са претпоставком невиности у целини, али и њеним појединачним елементима – теретом доказивања, стандардом доказивања и привилегијом против самоинкриминације.

Бројни аутори указују на инкомпатибилност између претпоставке невиности и *plea-bargaining*. Тако, Лаудан тврди да постоји мала конекција између *plea-bargaining* и претпоставке невиности.¹²³⁸ Са друге стране, указује се на чињеницу да пракса *plea-bargaining* представља наличје традиционалног схватања кривице на основу терета доказивања, што води ка „маргинализацији претпоставке невиности“.¹²³⁹ Значајна је и констатација да „лакоћа са којом тужиоци долазе до *plea-bargaining*, праћена недостатком чврсте претпоставке невиности, повећава вероватноћу незаконитог уверења у кривицу окривљеног.“¹²⁴⁰ Такође, у теорији се указује и на чињеницу да подривање претпоставке невиности, што прати *plea-bargaining*, ствара друштвени јаз између интереса правичног поступка и интереса контроле криминалитета,¹²⁴¹ као и да нарушава поступак моралног уверавања у кривицу окривљеног који почива на трозубцу окривљени- тужилац- суд.¹²⁴²

На први поглед, без уласка у теоријске опсервације и проблеме у примени, можемо да закључимо да *plea-bargaining* може да представља ризик по претпоставку невиности. Прво, *plea-bargaining* ослобађа јавног тужиоца терета доказивања у целости, јер тужиоци „иницирају преговоре и пре него што су

¹²³⁸ L. Laudan, *op.cit.* (2006), pg 94.

¹²³⁹ M. Mcconville and C. L Mirsky, *op.cit.*, pg 3.

¹²⁴⁰ R. Schehr, *op.cit.*, pg 101.

¹²⁴¹ R. Henham, “Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process”, *The Modern Law Review* Vol. 62, No. 4, 1999, 515-538, pg 515.

¹²⁴² R. L. Lippke, *op.cit.* (2013), pg 348.

сигурни у кривицу окривљеног, само како би што пре решили предмет¹²⁴³. Друго, за јавног тужиоца не постоји ризик недостизања стандарда доказивања, јер признање окривљеног у *plea-bargaining* ослобађа тужиоца таквог ризика. Треће, привилегија против самоинкриминације није, сама по себи, нарушена применом *plea-bargaining*, јер окривљени у сваком случају има право да призна кривицу. Међутим, привилегија против самоинкриминације може бити угрожена и нарушена уколико окривљени пристане на признање кривичног дела под притиском стављања у изглед вероватног исхода поступка у случају непризнања. Дакле, можемо да закључимо да је претпоставка невиности у случају примене *plea-bargaining* значајно угрожена, јер су њена два елемента непримењива (терет доказивања и стандард доказивања), а трећи (привилегија против самоинкриминације) је угрожен.

Трешел исправно указује да претпоставка невиности може бити оповргнута, односно побијена само након што је окривљени правноснажно оглашен кривим, у складу са законом.¹²⁴⁴ Међутим, он даље указује и да се ово правилно не може у потпуности применити на случајеве *plea-bargaining*, управо због постојања пуног признања окривљеног, јер „тешко је бранити претпоставку невиности у ситуацији када постоји признање окривљеног да је извршио кривично дело“.¹²⁴⁵

Исправно је поставити питање да ли је признање окривљеног у *plea-bargaining* аутентично, или је оно резултат рационалног одлучивања при процени стварних ризика и ризика који су му представљени и/или стављени у изглед. Тако, у теорији се неретко указује да окривљени на споразум најчешће пристају из разлога забринутости да би, уколико не искористи прилику коју му нуди тужилац, казна могла да буде вишеструко већа.¹²⁴⁶ Овај разлог је нарочито изражен у оним

¹²⁴³ В. Бајовић, Споразум о признању кривице – упоредно-правни приказ, Правни факултет Универзитета у Београд, *Crimen* 2009, стр. 186.

¹²⁴⁴ S. Trechsel, *op.cit.*, pg 161.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, pg 161.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, pg 161. У САД је могуће да окривљени на споразум пристане чак и када се не изјасни кривим. Овај феномен је познат и под називом *Alford plea* и установљен је у случају Врховног

правним системима који познају смртну казну или доживотну казну затвора без условног отпуста. Разлог за забринутост, у погледу мотива окривљеног да пристане на *plea-bargaining*, лежи у чињеници да јавни тужилац и полиција неретко манипулишу доказима којима располажу представљајући њихов значај већим него што то стварно јесте, или манипулишу могућим правним квалификацијама истог чињеничног догађаја, чиме могу да утичу на вољу окривљеног и да „поткопају добровољност одустанка од суђења“.¹²⁴⁷ Сличан механизам постоји и код мотивације притворених окривљених који немају довољно средстава да плате кауцију за пуштање на слободу. Они неретко пристају на *plea-bargaining* којим прихватају условну осуду и тиме пуштање на слободу, чак и у ситуацији када нису криви.¹²⁴⁸ Уопштено речено, јавни тужиоци „имају моћ да изврше притисак на окривљеног да призна кривицу“, а то чине манипулацијама оптужбама или санкцијама.¹²⁴⁹ Уколико имамо у виду чињеницу да се 95% предмета у САД оконча *plea-bargaining*, односно да *plea-bargaining* није више питање слободног избора окривљеног, него исход који скоро није могуће избећи, онда разлози за забринутост могу бити још већи. Стога, један од најјачих критичких аргумената против *plea-bargaining* лежи управо у чињеници да овај процесни институт може да води ка осуди невиног окривљеног.¹²⁵⁰

На описане пратеће феномене *plea-bargaining* указује и Турањанин наводећи да што је казна тежа, тиме је лакше замислити да ће невино лице

суда САД *North Carolina v Alford* из 1970. године. О Алфордовом признању видети више у: В. Бајовић, *op.cit.* (2009), стр. 186.

¹²⁴⁷ R. L. Lipke, *op.cit.* (2016), pg 114.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, pg 115.

¹²⁴⁹ R. L. Lippke, *op.cit.* (2013), pg 348.

¹²⁵⁰ J. H. Blume and R. K. Helm, “The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty”, 100 *Cornell Law Review* 157, 2014, 157-192; D. D. Guidorizzi, “Should We Really “Ban” Plea Bargaining?: The Core Concerns of Plea Bargaining Critics”, 47 *Emory Law Journal*, 1998, 753-783, pg 771 и T. Wan, “The Unnecessary Evil of Plea Bargaining: An Unconstitutional Conditions Problem and a not-so-least Restrictive Alternative”, *Review of Law and Social Justice* Vol.17:1, 2007, 33-61, pg 40.

рационално признати кривицу поводећи се за теоријом игара *game theory*.¹²⁵¹ Он такође указује и на резултате емпиријских истраживања према којима пристанак на споразум, или одбијање споразума од стране окривљеног, немају корелацију са материјалном кривицом, односно невиношћу окривљеног, већ одлука окривљеног у погледу споразума искључиво зависи од перцепције вероватноће да ли ће у поступку бити осуђен или ослобођен.¹²⁵²

Да могућност осуде невиног лица путем примене института *plea-bargaining* није само теоријске природе говоре следећи примери. Америчка непрофитна организација *Innocence Project*, која се бави пружањем правне помоћи осуђеним лицима у виду пружања бесплатног ДНК тестирања доказа прикупљених током поступка и активирања ванредних правних лекова уколико ДНК тестирање покаже вероватноћу да је осуђено лице невино, годинама уназад указује на системски проблем великог броја невино осуђених лица у САД. Циљ ове организације је помоћ невино осуђеним лицима, али и подизање свести о проблемима кривичног правосуђа у САД. Према подацима ове организације, од 227 лица за које је накнадно утврђено да су била невино, њих 12 је признало извршење кривичног дела путем *plea-bargaining*.¹²⁵³ Још илустративнији је пример такозване „тројке Западног Мемфиса“. Наиме, 1993. године догодило се убиство тројице дечака из Западног Мемфиса под околностима сатанистичког обреда. Три локална тинејџера су оптужена за убиство и убрзо осуђена, један на смртну казну, а друга двојица на доживотну казну затвора. После 14 година урађено је ДНК вештачење из ког је произашло да трагови на лицу места не припадају окривљенима, нити жртвама, због чега је наложено обновљање кривичног поступка. Међутим, 2011. године тужилац је, како би избегао суђење које за ризик има могуће утврђивање невиности осуђених који су издржали 18

¹²⁵¹ В. Турањанин, *Споразум о признању кривичног дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, стр. 39.

¹²⁵² К. Bordens, *The Effect of Likelihood of Conviction, Threatened Punishment, and Assumed Role on Mock Plea Bargaining Decisions*, 71; К. Bordens, J. Bassett, *The Plea Bargaining Process From the Defendant's Perspective: A Field Investigation*, *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 6, no. 2, 1985, 94. цитати преузети из: В. Турањанин, *op.cit.*, стр. 86.

¹²⁵³ Innocence Project, *An End to Plea Bargains*, доступно на <https://www.innocenceproject.org/an-end-to-plea-bargains/>

година казне затвора, понудио осуђенима *plea-bargaining* под специфичним условом којим је наметнуто да споразум прихвате сви или нико. Осуђени су добили понуду да одмах изађу на слободу, а да за узврат признају кривицу за убиство нижег степена. *Plea-bargainig* је закључен под наведеним условима, суђење није настављено, а истина никада није утврђена.¹²⁵⁴

Иако се већина наведених примедби и примера односи на правни систем САД, у ком се *plea-bargaining* примењује у претерано великом обиму и који систем подразумева огромну моћ јавног тужиоца, можемо закључити да и у другим системима који познају *plea-bargaining* наведене примедбе стоје, у додуше мањем обиму. Сваки правни систем има своје специфичности и исправан је став да се бројни ризици *plea-bargaining* у односу на претпоставку невиности могу заобићи развијењем различитих правних техника¹²⁵⁵ у циљу унапређења претпоставке невиности приликом преговарања споразума, његовог закључења и потврђивања од стране суда. У том смислу, први корак је дефинисање етичких принципа којима треба да се руководи јавни тужилац у поступку преговарања и закључења *plea-bargaining*.¹²⁵⁶

3.7.4. Одрцање од права на суђење – споразум о признању кривичног дела и претпоставка невиности у пракси ЕСЈП

Пристанак окривљеног на закључење *plea-bargaining* подразумева и одрицање окривљеног од права на суђење. Дакле, закључењем *plea-bargaining* окривљени се одриче два права садржана у члану 6. ЕКЈП - привилегије против самоинкриминације и права на суђење.

¹²⁵⁴ О овом случају видети више у: J. H. Blume and R. K. Helm, *op.cit.*, pg 157-192

¹²⁵⁵ В. Турањанин, *op.cit.*, стр. 39.

¹²⁵⁶ О идејама могућег правца развоја етичких принципа у поступку преговарања и закључења *plea-bargaining* видети више у: R. L. Lipke, *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press, 2011

У предмету *Scoppola v Italy*¹²⁵⁷, Велико веће подсећа да ни слово, ни дух члана 6. не може да спречи окривљеног да се одрекне права у поступку и он то може учинити изричито или прећутно. Ипак, уколико окривљени то чини, одрицање мора бити учињено недвосмислено и уз постојање минимума неопходних гаранција, а не сме бити противно ни јавном интересу.

ЕСЈП је имао прилику више пута да изрази свој став у погледу тога да ли је *plea-bargaining*, као и друге форме нагодбе у кривичном поступку, у складу са ЕКЈП. У предмету *Deweer v Belgium*¹²⁵⁸ подносилац представке је сматрао да је повређено његово право на правично суђење из разлога што је њему наметнут пристанак на нагодбу са тужилаштвом, односно из разлога што је постао жртва наметања плаћања глобе под претњом затварања његове продавнице. У наведеном предмету ЕСЈП је начелно стао на становиште да је нагодба у кривичним поступцима дозвољена, а да одрицање од права на суђење и од привилегије против самоинкриминације, само по себи, није у супротности са чланом 6 ЕКЈП. Ипак, у конкретном случају ЕСЈП је нашао да је дошло до повреде права подносиоца представке на правично суђење из разлога што је утврдио да се подносилац представке одрекао гаранција из члана 6. само због претње озбиљном штетом која му је стављена у изглед, а која би могла настати затварањем продавнице. Дакле, ЕСЈП је закључио да је одлука подносиоца представке да пристане на нагодбу, на неки начин изнуђена стављањем у изглед озбиљне штете, која би наступила у случају непристанка на нагодбу. ЕСЈП је на становишту да одрицање од права на суђење и привилегије против самоинкриминације може да представља повреду права на приступ суду и претпоставку невиности уколико је настало под утицајем „суштинског подстицаја“¹²⁵⁹ тужилаштва који за циљ има изјашњење о кривици.

¹²⁵⁷ *Scoppola v Italy*, ECtHR, Appl.no.10249/03, 17 September 2009, para 135

¹²⁵⁸ *Deweer v Belgium*, ECtHR, Appl.no. 6903/75, 27 February 1980, paras 50-54

¹²⁵⁹ A. Ashworth, *op.cit.*(2006), pg 256.

У нешто новијем предмету *Natsvlishvili and Togonidze v Georgia*,¹²⁶⁰ ЕСЈП понавља став да консенсуални начин решавања кривичних спорова у виду *plea-bargaining* није несагласан члану 6. ЕКЈП из разлога што одрицање од права на суђење и привилегију против самоинкриминације није забрањено. Међутим, ЕСЈП указује да, као услов пуноважности таквог одрицања мора да постоје услови наведени у пресуди *Scoppola v Italy*, али и два додатна услова. Први, да је споразум морао бити прихваћен у пуној свести о чињеницама и правним последицама и на истински добровољан начин. Други, да садржај споразума и правичност начина на који је постигнут споразум морају бити подвргнути пуној судској ревизији.

Из наведеног се може закључити да ЕКЈП, за разлику од Америчке конвенције о људским правима¹²⁶¹, не садржи изричиту одредбу сходно којој би признање кривичног дела било валидно само уколико није дато под принудом било ког облика. Ипак, непостојање изричите одредбе о начину оцене валидности признања окривљеног, није негативно утицало на креирање ставова ЕСЈП у погледу признања кривичног дела од стране окривљеног, закључења нагодби између окривљеног и тужилаштва, односно питања сагласности *plea-bargaining* са ЕКЈП. ЕСЈП је става да је *plea-bargaining* дозвољен, али под следећим условима. Прво, уколико је спроведен у складу са правилима начина одрицања од права на суђење и привилегије против самоинкриминације. Друго, уколико је поступак преговарања и закључења споразума обезбеђен чврстим бранама против злоупотребе. Треће, уколико је *plea-bargaining* подложен пуној судској ревизији, како у погледу садржине, тако и у погледу поступка закључења.

3.7.5. Начело опортунитета и претпоставка невиности

Под појмом *начело опортунитета* у односу на пунолетна лица, у домаћој правној теорији, али и у пракси подразумева се примена одлагања кривичног гоњења из члана 283. ЗКПа, као и одбацивање кривичне пријаве из члана 284. став

¹²⁶⁰ *Natsvlishvili and Togonidze v Georgia*, ECtHR, App.no.9043/05 29 April 2014, para 91-92.

¹²⁶¹ Члан 8.ст.3. Америчке конвенције о људским правима

3. ЗКПа. Оправдано се може истаћи примедба на прецизност употребе термина *начело опортунитета*. Наиме, термин опортунитет суштински означава супротност термину легалитет. То би значило да је начело опортунитета успостављено како би представљало изузетак у односу на начело легалитета, што у нашем кривичноправном систему није у потпуности тачно. Наиме, јавни тужилац у Републици Србији је у целости везан начелом легалитета у случају када примењује одлагање кривичног гоњења из члана 283. ЗКПа.

Одлагање кривичног гоњења из члана 283 ЗКПа суштински представља један вид нагодбе између окривљеног и јавног тужиоца, сходно којој се окривљени обавезује да изврши одређене обавезе које представљају алтернативе кривичној санкцији, а јавни тужилац се обавезује да ће одбацити кривичну пријаву против окривљеног, уколико обавезе буду извршене. Одлагање кривичног гоњења је облик поједностављене форме поступања који за циљ има растерећење судова од случајева из домена багателног криминалитета, али уједно и остварење идеје ресторативне правде кроз различите облике обавеза окривљеног.

Овај облик поједностављене форме поступања познат је и у другим правним системима. Тако, у Канади се појављује у облику *diversion procedure*¹²⁶² или *direct accountability* и подразумева споразум између окривљеног и јавног тужиоца сходно коме се окривљени обавезује на реституцију, односно обавезу да накнади заједници оно што је испреговарао са тужиоцем, а тужилац се заузврат обавезује да не подноси оптужбу, или да од ње одустане. Ова процесна форма успоставља различите облике обавеза окривљеног, а неке од њих су моралне и симболичке природе, као што је обавеза окривљеног да напише писмо извињења.

У САД постоје две врсте нагодбе између окривљеног и јавног тужиоца сличне начелу опортунитета у нашем кривичном процесном праву. Ради се о споразуму одложеног кривичног гоњења *deferred prosecution agreement* познат под скраћеницом ДРА, као и споразуму непредузимања кривичног гоњења *non-prosecution agreement* познат под скраћеницом НРА. У оба случаја тужилац

¹²⁶² О *diversion procedure* видети више у: Ј. Киурски, *op.cit.*, стр. 319-320.

гарантује окривљеном непредузимање кривичног гоњења у замену за испуњење одређених обавеза од стране окривљеног.

Одложено кривично гоњење *deferred prosecution agreement* или DPA у САД и Великој Британији, представља један од основних начина борбе против привредног криминалитета, али и начин решавања питања кривичне одговорности правних лица и превенције правних лица од кршења права у будућности. Управо због тога, DPA је неретко на мети напада и од стране бројних теоретичара назван је „државним рекетом“, „државном шемом“ или „државном пљачком“.¹²⁶³ Нису изостале ни примедбе да је DPA у супротности са претпоставком невиности.¹²⁶⁴

Будући да све наведене упоредноправне форме нагодбе између окривљеног и јавног тужиоца имају одређене специфичности због којих се међусобно разликују, није могуће дати јасан одговор на питање односа ових форми нагодби са претпоставком невиности. Из тог разлога, за потребе овог рада, фокусираћемо се само на примену одлагања кривичног гоњења из члана 283. ЗКП.

Одлагање кривичног гоњења из члана 283. ЗКП представља нагодбу између окривљеног и јавног тужиоца, где окривљени пристаје да изврши одређене обавезе у замену за одбачај кривичне пријаве. Одлагању кривичног гоњења претходи преговарање између окривљеног и јавног тужиоца, а одлагање се формализује у виду наредбе јавног тужиоца, у ком документу се прецизно одређује врста обавезе, начин и рок њеног испуњења. Ова поједностављена форма поступања не предвиђа обавезу окривљеног да призна кривично дело. Дакле, за разлику споразума о признању кривичног дела, одлагање кривичног гоњења не подразумева признање окривљеног. Будући да се поступак пред тужилаштвом окончава одбачајем кривичне пријаве и да се не води кривични поступак против окривљеног (у ком би евентуално могла бити утврђена његова кривица), као и да при том окривљени није ни признао извршење кривичног дела, не постоји ниједан

¹²⁶³ О наведеним примедбама видети више у: R. Shiner and H. Ho, “Deferred Prosecution Agreements and the Presumption of Innocence”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 12, Issue 4, 2018, 707-723, pg 708.

¹²⁶⁴ D. Husak, “Social Engineering as an Infringement of the Presumption of Innocence: The Case of Corporate Criminality.” *Criminal Law and Philosophy*, June 2014, Volume 8, Issue 2, 353-369.

аргумент на основу кога би се могло тврдити да одлагање кривичног гоњења може угрозити претпоставку невиности. Претпоставка невиности опстаје након одбацивања кривичне пријаве по основу одлагања кривичног гоњења, на исти начин као што би постојала и да је кривична пријава одбачена по било ком другом основу из члана 284. ЗКП. Дакле, можемо закључити да претпоставка невиности окривљеног постоји пре примене одлагања кривичног гоњења, у току одлагања кривичног гоњења, али и након одбачаја кривичне пријаве по овом основу.

Питање повреде претпоставке невиности приликом примене одлагања кривичног гоњења није се ни постављало као спорно у пракси. Ипак, у пракси се као веома спорно питање поставило једно друго питање - питање односа решења о одбачају кривичне пријаве по основу одлагања кривичног гоњења и *ne bis in idem*. Односно питање - да ли се решење о одбачају кривичне пријаве, по основу опортунитета, може сматрати пресуђеном ствари? Питање да ли је решење о одбачају по основу опортунитета пресуђена ствар или не, директно се рефлектује и на питање да ли опортунитет може да угрози претпоставку невиности. Наиме, уколико се решење о одбачају након опортунитета сматра пресуђеном ствари, а обавеза окривљеног кривичном санкцијом, то неспорно води ка закључку да претпоставка невиности, у односу на окривљеног који је прихватио одлагање кривичног гоњења, више не важи.

Прекршајни апелациони суд је упутио спорно питање Кривичном одељењу Врховног касационог суда – како да поступа Прекршајни суд по захтевима за покретање прекршајног поступка због прекршаја који су обухваћени решењима о одбачају кривичне пријаве донетим након одлагања кривичног гоњења, односно да ли се на наведена решења о одбачају има применити начело *ne bis in idem*? Кривично одељење Врховног касационог суда је на седници 28.11.2016. године стало на становиште да би вођење прекршајног поступка против окривљеног за исте противправне радње довело до дуплирања поступка и до двоструког кажњавања, као и да због правне сигурности окривљени не треба да буде накнадно осуђен. Очигледно је да је Врховни касациони суд стао на становиште да се решење о одбачају кривичне пријаве из члана 283. ЗКП има сматрати

пресуђеном ствари, а да се обавезе које је окривљени извршио имају сматрати казном.

Ставу Кривичног одељења Врховног касационог суда могле би се упутити две основне примедбе. Прва примедба - тачно је да ЗКП не прописује правну последицу примене одлагања кривичног гођења, у смислу немогућности поновног вођења кривичног или било ког другог казненог поступка поводом истог догађаја. Међутим, овај недостатак никако не може да представља аргумент у прилог широком тумачењу начела *ne bis in idem* из члана 4. ЗКП према коме би се решење о одбачају могло сматрати пресуђеном ствари *res judicata*.¹²⁶⁵ Друга примедба тиче се става Врховног касационог суда у погледу тога да би вођење прекршајног поступка могло да води ка двоструком кажњавању окривљеног. Овај став сугерише да је обавеза окривљеног из наредбе о одлагању заправо нека врста казне. Постојање казне сугерише и постојање кривице. Имајући у виду наведено, мишљења смо да начин разумевања одлагања кривичног гођења, од стране Врховног касационог суда, потенцијално може да угрози претпоставку невиности окривљеног.

Став Врховног касационог суда је исправан само у делу који се односи на бојазан да би у случају могућности вођења новог поступка, за исти догађај, могла да буде угрожена правна сигурност грађана. Ова бојазан се једноставно може уклонити изменама ЗКП којим би било изричито прописана немогућност вођења било ког казненог поступка након спроведеног опортунитета. Мишљења смо да је потезање Врховног касационог суда за „тешком артиљеријом“ *res judicata* у аргументацији лоше решење. Наиме, Врховни касациони суд, у оправданој жељи да заштити правну сигурност/извесност грађана, „заборавио“ је да уколико решење о одбачају разуме као *res judicata*, а извршену обавезу као казну, тада

¹²⁶⁵ Наиме, не постоји ниједан аргумент који би оправдао тумачење према коме се решење о одбачају кривичне пријаве (било из члана 283. или 284. ЗКП) може сматрати одлуком суда којом је окривљени „правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен“

нужно крши претпоставку невиности окривљеног, будући да о кривици окривљеног суд никада није одлучивао.¹²⁶⁶

3.8. ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ СТЕЧЕНЕ КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ

3.8.1. Појам проширеног одузимања имовине и међународно правна регулатива

3.8.1.1. Појам

Савремено право разликује две врсте одузимања имовине стечене кривичним делом¹²⁶⁷ – редовно одузимање и проширено одузимање. Редовно одузимање подразумева одузимање оне имовине за коју је недвосмислено и непосредно утврђено да произилази из конкретног кривичног дела, односно да је прибављена конкретним кривичним делом. Проширено одузимање, са друге стране, подразумева одузимање „плодова криминалне активности код којих није могуће непосредно доказати да су прибављени кривичним делом“¹²⁶⁸ Проширено одузимање имовинске користи улази у национална законодавства у виду различитих закона којима се регулише одузимање имовине проистекле из

¹²⁶⁶ Образлажући аргументацију, Врховни касациони суд се позвао и на праксу Суда правде ЕУ у предмету *Husein Gozutok i Klaus Brugge C-187/01 i C-385/01* од 11. фебруара 2003. У наведеном предмету СПЕУ је одлучивао о примени начела *ne bis in idem* у поступку узајамног признања судских одлука. СПЕУ је констатовао да се окончани поступци, који подразумевају нагодбу између окривљеног и тужиоца, сходно којој јавни тужиоци одустају од кривичног гоњења након извршења одређених обавеза од стране окривљеног, а у којим поступцима не учествује суд, имају сматрати правноснажним окончањем поступка. Наведена аргументација је оправдана и у складу је са ставом Врховног касационог суда. Међутим, потребно је напоменути да је предмет одлучивања СПЕУ, у конкретном случају, било узајамно признање судских одлука између земаља чланица ЕУ и да је СПЕУ одлуку донео у складу са начелом правне извесности и чињеницом да је вођење кривичног, или другог казненог поступка, након извршења обавезе из нагодбе у конкретном националном законодавству изричито забрањено. Стога смо мишљења да наведени предмет Суда правде ЕУ не потврђује ни став ни аргументацију Врховног касационог суда.

¹²⁶⁷ Постоје и шире теоријске поделе, као што је подела на редовну конфискацију, проширену конфискацију, конфискацију од трећег лица, конфискацију без осуде и цивилно одузимање имовине. О овоме видети више у: М. Simonato, *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*, ERA Forum (2017) 18, 365–379, Trier, 366

¹²⁶⁸ И. Вуковић, „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела – европски оквир и српско законодавство“, *Crimen* (VII) 1/2006, str.3-32, стр. 3

кривичног дела, у циљу спречавања прања новца и борбе против организованог криминалитета.¹²⁶⁹

Са становишта претпоставке невиности редовно одузимање имовине нема значајне импликације, будући да се оно веже за конкретно кривично дело, почива на традиционалном стандарду доказивања изван разумне сумње и успостављању узрочно последичне везе између кривичног дела и прибављене имовинске користи. Редовно одузимање је логична последица осуђујуће пресуде. Са друге стране, проширено одузимање је потенцијално контраверзно са становишта претпоставке невиности и привилегије против самоинкриминације, као елемента претпоставке невиности.¹²⁷⁰

Проширено одузимање имовине је настало као вид борбе против организованог криминалитета, с обзиром да се указало неопходним спречавање прања новца од стране организованих криминалних група, односно уласка новца прибављеног криминалом у легалне токове и даље легално оплођавање новца. Проширено одузимање имовине за циљ има и слабљење ресурса организованих криминалних група. Проширено одузимање имовине је у правне системе уведено из разлога што се редовно одузимање имовине показало као недовољно ефикасан механизам за постизање наведеног циља. Стога, проширено одузимање имовине се примењује у ситуацијама у којима није могуће спровести редовно одузимање, односно у ситуацијама у којима није могуће успоставити узрочно последичну везу између кривичног дела и имовине, или није могуће постићи уобичајени стандард

¹²⁶⁹ На европском тлу закони проширеног одузимања имовине настају крајем 80тих година прошог века. Један од најзначајнијих закона с почетка увођења института проширеног одузимања имовине је Закон о трговини дрогом Велике Британије *Drug Trafficking Act* из 1986. године. Италијански *Закон о борби против мафијашких организација* из 1992. године даје основне смернице за све будуће законе проширеног одузимања имовине. У нашем законодавству институт проширеног одузимања имовине уведен је *Законом о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* (Службени гласник РС, број 97/08). Проширено одузимање имовине у Србији је прописано важећим *Законом о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* (Службени гласник 32/2013, 94/2016).

¹²⁷⁰ S. Young, *Civil Forfeiture of Criminal Property, Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Massachusetts, 2009, pg 9, E. Mujanović i D. Daltzer (ur), *Prošireno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelima. Teorijski, međunarodnopravni i komparativno pravni aspekti*, Sarajevo, 2017, str. 32 и D. Heckmann /1995/: Die Einziehung verdächtigen Vermögens. Zur Regelung der 'Beweislastumkehr' im Entwurf eines Vermögenseinziehungsgesetzes, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, № 1, s. 2, 4., цитиран према: И. Вуковић, *op.cit.*, стр. 11

доказивања, али постоји сумња да је имовина прибављена кривичним делом, јер постоји очигледна несразмера између имовине окривљеног и његових законитих прихода.

Дакле, основна карактеристика проширеног одузимања имовине јесте промена процесних механизма у погледу начина доказивања и стандарда доказивања. У том смислу, проширено одузимање имовине карактеришу: пребацивање терета доказивања са тужиоца на окривљеног, у целости или делимично, што се постиже увођењем чињеничних или законских претпоставки; снижавање стандарда доказивања, чиме се постиже ефекат олакшавања терета доказивања јавног тужиоца. Односно, последице таквог законског решења су „редукција доказног стандарда који се примењује при утврђивању (не)законитог порекла одређене имовине и подела терета доказивања између јавног тужиоца и окривљеног“¹²⁷¹ Наведене карактеристике утичу на претпоставку невиности кроз следеће елементе: терет доказивања; привилегију против самоинкриминације и стандард доказивања.

Претпоставка невиности је била непремостива препрека за промовисање проширеног одузимања имовине у институт кривичног процесног права. Свесни забрана које претпоставка невиности носи, законодавци су проширено одузимање имовине почели да прописују у *lex specialis*¹²⁷², изван закона којима се прописују кривични поступак и кривична дела, као и увођењем разних превентивних мера које се налазе изван система мера предвиђених кривичним правом. Ови закони и превентивне мере креирани су као правни хибриди грађанског и кривичног права, јер „има ли за владу шта једноставније него да заобиђе претпоставку невиности промовисањем закона који предвиђа увођење грађанских налога за грађане?“¹²⁷³

¹²⁷¹ Г. П. Илић, „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела“, у *Кривично законодавство и превенција криминалитета*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Министарство правде Републике Српске, Брчко, 2011, стр. 201.

¹²⁷² Е. Муџановић, D. Daltzer (ur), *op.cit.*, стр. 110

¹²⁷³ Цитирано према А. Ashworth, *op.cit.* (2006), pg 270

3.8.1.2. Међународноправна регулатива

Имајући у виду чињеницу да је организовани криминал постао глобални феномен, а посебно имајући у виду растућу претње од тероризма, међународно правни одговор у виду регулације правног питања одузимања имовине проистекле из кривичног дела представља логичан след.

Уједињене нације су се питањем одузимања имовине бавиле у неколико конвенција. Прва је била Конвенција УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци¹²⁷⁴ којом се дозвољава државама чланицама да размотре укидање терета доказивања у поступку доказивања законитости имовине, као и могућност поједностављења доказних захтева у поступку екстрадиције. Наведена конвенција је поставила основне принципе за све конвенције које су уследиле, а тичале су се сузбијања тероризма, транснационалног криминала и корупције.¹²⁷⁵

Од посебног је значаја активност Савета безбедности УН на пољу спречавања тероризма и одузимања имовине. Наиме, након догађаја од 11. септембра 2001. године, Савет безбедности је донео више резолуција које су садржале листе лица осумњичених за помагање терористичкој организацији Al-Qaeda. Савет безбедности је у односу на осумњичена лица почео да примењује санкције у виду замрзавања имовине. Одлуку о томе које лице ће бити стављено на листу доносило је посебно тело Савета безбедности - Комитет за санкције, а спроводиле су их земље чланице у складу са Главом VII Повеље УН. У погледу процедуре, Комитет није имао обавезу поштовања претпоставке невиности, што је довело до бројних контроверзи у поступцима одлучивања.¹²⁷⁶

¹²⁷⁴ Конвенција УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци донета 19.12.1988 у Бечу

¹²⁷⁵ Међународна Конвенција о сузбијању финансирања тероризма донета 09.12.1000. године у Њујорку (Њујоршка конвенција). Конвенција УН против транснационалног криминала донета је 15.12.2000. у Палерму (Конвенција из Палерма). Конвенција УН против корупције донета је 31.10.2003. године

¹²⁷⁶ О овоме видети више у првом делу рада у вези случаја *Kadi*

На тлу Европе постоји неколико докумената који се посредно или непосредно односе на проширено одузимање имовине и развијени су под окриљем Савета Европе и Европске уније.

У оквиру организације Савета Европе значајне су три конвенције. Конвенција о прању, откривању, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом, познатија као Стразбуршка конвенција¹²⁷⁷ је прва конвенција Савета Европе која се бави питањем одузимања имовине стечене кривичним делом. Ова конвенција је поставила основе правила „у кривичном поступку и посебна овлашћења истражних органа којима ће се олакшати улажење у траг незаконитим приходима и њихова идентификација“.¹²⁷⁸ Стразбуршка конвенција замењена је каснијом Конвенцијом о прању, откривању, заплени и одузимању прихода стеченим криминалом и финансирању тероризма, познатијом као Варшавска конвенција¹²⁷⁹, која је унапредила механизме из Стразбурше конвенције и посебну пажњу посветила тероризму, као растућој претњи. Од значаја је и Кривичноправна конвенција о корупцији Савета Европе из 1999. године.¹²⁸⁰ Ова конвенција прописује обавезу потписника да усвоје законодавне и друге мере неопходне ради омогућавања конфискације или на други начин лишења права својине на средствима и приходима од кривичних дела установљених у складу са Конвенцијом, или на имовини чија вредност одговара тим приходима (члан 19. став 3.). Такође, прописује обавезу у погледу успостављања мера којима би се олакшало прикупљање доказа, идентификација, замрзавање и заплена добити од корупције или имовине чија вредност одговара тој добити (члан 23. став 1).

¹²⁷⁷ Конвенција УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци од 8.11.1990. године

¹²⁷⁸ Ј. Глушчевић, *Одузимање имовине стечене кривичним делом*, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет Унион, Београд, 2015, стр. 188

¹²⁷⁹ Конвенција о прању, откривању, заплени и одузимању прихода стеченим криминалом и финансирању тероризма од 16. маја 2005. године.

¹²⁸⁰ Конвенција је ратификована од стране Републике Србије (види „Службени лист СРЈ – међународни уговори“ број 2/2002, „Службени лист СЦГ – међународни уговори“ број 18/2005), доступна је на www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_potvrdjivanju_kvivicnopravne_konvencije_o_korupciji.html

Европска унија је започела регулацију проширеног одузимања имовине тек 2005. године и то усвајањем Оквирне одлуке о одузимању користи, средстава и имовине прибављених кривичним делом (212/2005).¹²⁸¹ Одлука изричито прописује да ниједна одредба из Одлуке нема ефекте на промену поштовања основних права и принципа, укључујући и претпоставку невиности (члан 5.). Ефекти одлуке нису остварили очекивања, због чега је приступљено изради ефикаснијег правног механизма – директиве. Сачињен је Предлог Директиве о замрзавању и одузимању имовинске користи прибављене кривичним делима у Европској унији који је претрпео извесне измене,¹²⁸² а тек 2014. године усвојена је Директива 42/2014.¹²⁸³ Директива у члану 5. став 1. прописује проширено одузимање и то тако што обавезује државе чланице да усвоје неопходне мере у циљу омогућавања делимичне или потпуне конфискације имовине која припада осуђеном лицу и која имовина може довести до економске користи окривљеном. Сходно Директиви, суд приликом процене имовине, одлучује на основу околности случаја, укључујући и специфичне чињенице и доступне доказе које се односе на податак да ли је вредност имовине у несразмери са законитим приходима осуђеног лица. Уколико таква несразмера постоји, то је довољно да се сматра да имовина потиче из криминала.

Поред нормативне активности УНа, Савета Европе и ЕУ, на пољу развоја стандарда проширеног одузимања одузимања имовине, од значаја је и рад међународних организација, као што је FATF, MONEYVAL; GRECO.¹²⁸⁴

¹²⁸¹ COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property 15.03.2015., доступна на <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:EN:PDF>

¹²⁸² О овоме види више у: И. Вуковић, *op.cit.*, стр. 6

¹²⁸³ DIRECTIVE 2014/42/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, доступно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0042&from=EN>

¹²⁸⁴ Organizacija za kontrolu i sprečavanje pranja novca (Financial Action Task Force on Money Laundering – FATF); Komitet stručnjaka za kontrolu i sprečavanje pranja novca (The Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism – MONEYVAL); Organizacija grupe zemalja za borbu protiv korupcije (Group of States against Corruption a- GRECO)

У Републици Србији проширено одузимање имовине уведено је 2008. године Законом о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.¹²⁸⁵ Овај закон је престао да важи ступањем на снагу новог Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела 2013. године.¹²⁸⁶ Закон из 2008. године је омогућавао трајно одузимање имовине и без правноснажне пресуде. Наиме, захтев за трајно одузимање имовине проистекле из кривичног дела могао је бити поднет и након ступања оптужнице на правну снагу. Наведено је могло да представља основ за тврдњу да се овим законом крши претпоставка невиности. Међутим, Закон из 2013. године прописује могућност покретања поступка трајно одузимања имовине тек након правноснажности пресуде у кривичном поступку.¹²⁸⁷ Решење из Закона из 2013. је исправније у односу на законско решење из 2008. године и мање је подложно разлозима за забринутост поводом угрожавања претпоставке невиности.

3.8.2. Стандард доказивања, пребацивање терета доказивања и законске претпоставке код проширеног одузимања имовине

Редовно одузимање имовине подразумева да је стандард доказивања изван разумне сумње, терет доказивања на тужиоцу, а не подразумева склоност законодаваца ка прописивању посебних чињеничних и правних претпоставки.

Стандард доказивања код проширеног одузимања имовине је снижен у циљу олакшавања јавном тужиоцу да докаже да спорна имовина проистиче из кривичног дела. Дакле, код проширеног одузимања имовине не важи високи стандард изван разумне сумње. Не можемо рећи ни да је на плану међународне регулативе усвојен јединствен стандард доказивања који би био препоручен националним законодавствима. Ипак, приметно је да међународни документи прихватају континуирано снижавање стандарда доказивања. Тако, Оквирна

¹²⁸⁵ Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „Сл. гласник, бр.97/08“.

¹²⁸⁶ Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела „Сл. гласник, бр. 32/2013, 94/2016, 35/2019“

¹²⁸⁷ Члан 38. ст.1. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела „Сл. гласник, бр. 32/2013, 94/2016, 35/2019“

одлука ЕУ о одузимању користи, средстава и имовине прибављених кривичним делом из 2005 године предвиђала је стандард доказивања *potpune уверености*, тј. *fully convinced*¹²⁸⁸ да имовина проистиче из криминалне активности. Предлог Директиве ЕУ о замрзавању и одузимању имовинске користи прибављене кривичним делима из 2012. године снижава стандард доказивања на *знатно вероватније*, тј. *substantially more probable*¹²⁸⁹ да имовина потиче из криминалне активности. Директива о замрзавању и одузимању имовинске користи прибављене кривичним делима из 2014. године¹²⁹⁰ не следи Предлог из 2012. године, већ иде и корак даље тако што пропушта прописивање доказног стандарда, чиме питање стандарда доказивања оставља неуређеним. Овакво нормативно решење практично дозвољава да национална законодавства уреде стандард доказивања по сопственом нахођењу и потребама, чиме се успоставља „широка дискрециона маргина“¹²⁹¹ држава чланица и практично дозвољава сваки стандард доказивања, као и широка овлашћења у погледу пребацивања терета доказивања.

У прилог тврдњи о снижавању стандарда доказивања треба указати и на документе Савета Европе, тј. Препоруку (2001)11 Одбора министара Савета Европе из 2001. године која сугерише националним законодавствима снижавање доказног стандарда на ниво *разумне сумње*, тј. *reasonably suspected*.¹²⁹²

¹²⁸⁸ COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property, article 3. Paragraph 2.abc, доступно на <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:EN:PDF>

¹²⁸⁹ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union /* COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD), para 2.4., доступно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0085&from=EN>

¹²⁹⁰ DIRECTIVE 2014/42/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, доступно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0042&from=EN>

¹²⁹¹ Michele Simonato, “Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains”, *ERA Forum* 18:365–379, Trier, 2017, 368

¹²⁹² Council of Europe COMMITTEE OF MINISTERS Recommendation Rec(2001)11 of the Committee of Ministers to member states concerning guiding principles on the fight against organised crime, article 11, доступно на <https://rm.coe.int/1680092b86>

Пребацивање терета доказивања је друга карактеристика проширеног одузимања имовине. Овај нормативни тренд има за циљ олакшање доказивања јавном тужиоцу, односно већу шансу за успех јавног тужиоца у доказивању порекла имовине. Уведен је првом конвенцијом УН која је регулисала могућност проширеног одузимања имовине. Наиме, Конвенција УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци у члану 5. став 7. сугерише државама да размотре укидање терета доказивања у поступку доказивања законитости имовине. Касније конвенције – Конвенција из Палерма из 2000. године и Конвенција УН против корупције из 2003. године прате овај тренд.

Пребацивање терета доказивања са тужиоца на окривљеног, делимично или у целости, је заводљив правни механизам којим се олакшава доказивање тужилачке тврдње. У прописивању поступка проширеног одузимања имовине, национална законодавства су била прилично инвентивна када је у питању пребацивање терета доказивања. Тако, италијански Закон о борби против имовине мафијашких организација из 1992. године предвиђао је да сви који су повезани са мафијом имају обавезу доказивања законитог порекла своје имовине.¹²⁹³ Овим законом, који је касније оцењен неуставним од стране Уставног суда Републике Италије, било је предвиђено потпуно пребацивање терета доказивања са јавног тужиоца на осумњиченог. Ипак, приметно је да већина закона који регулишу проширено одузимање имовине преузимају модел подељеног терета доказивања између окривљеног и јавног тужиоца. Овакво решење је прихватио и наш важећи Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. Незахвално је говорити о ваљаности подељеног терета доказивања са становишта претпоставке невиности. Наиме, већ раније је било речи о томе да је пребацивање терета доказивања, са становишта претпоставке невиности, у одређеним случајевима допуштено. Да ли је подељени терет доказивања у складу са претпоставком невиности, или не, зависиће од сваког конкретног нормативног решења и сваког конкретног случаја, а првенствено у

¹²⁹³ Ј.Глушчевић, *op.cit.*, стр. 115

зависности од тога да ли се на окривљеног преноси чињенични или убеђујући терет доказивања и у којој сразмери.

Увођење законских претпоставки је типичан механизам проширеног одузимања имовине. Код проширеног одузимања имовине „изостаје непосредан и конкретан доказ да имовина која се одузима потиче од криминалне активности, већ се такав закључак изводи из законске претпоставке да је имовина несразмерна власниковим законитим приходима.“¹²⁹⁴ Стандард (не)сразмерности између постојеће имовине и законитих прихода уведен је као златни стандард проширеног одузимања имовине у низ националних законодавстава, укључујући и наш Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела (члан 3. став 1. тачка 2.). Овај стандард је прописан и чланом 5. Директиве ЕУ 42/2014. Законска претпоставка да сва имовина окривљеног, под условом да није у сразмери са законитим приходима, проистиче из кривичног дела, обориве је природе. Дакле, постоји могућност да окривљени ову претпоставку оповргне. Међутим, за оповргавање ове претпоставке неопходно је активно учешће окривљеног које је обухваћено делимичним пребацивањем терета доказивања са тужиоца на окривљеног. Због наведеног, може се закључити да ова законска претпоставка може да утиче на привилегију против самоинкриминације окривљеног, односно, прецизније, његово право да се брани ћутањем. Да ли је у неком конкретном случају дошло до повреде привилегије против самоинкриминације, па самим тим и претпоставке невиности, зависиће од конкретног нормативног решења и конкретног случаја, а првенствено податка о томе да ли су правна средства дата у циљу обарања претпоставке ефективна или не. Стога, није могуће пружити уопштен одговор да ли је ова законска претпоставка у супротности са претпоставком невиности.

Корисно је осврнути се на једну инхерентну ману ове законске претпоставке. Наиме, како истиче Трешњев „пошто је цео поступак конципиран тако да показује постојање очигледне несразмере између законитих прихода и имовине учиниоца, можемо закључити да се законом прописује одузимање

¹²⁹⁴ И. Вуковић, *op.cit.*, стр. 12.

имовине која не представља конкретну имовинску корист прибављену кривичним делом за које се суди.¹²⁹⁵ Дакле, апсурдна је чињеница да се у поступку који се против окривљеног води проширеним одузимањем одузима само она имовина за коју нема доказа да проистиче из кривичног дела за које се окривљеном суди.

Такође, исправно је осврнути се и на питање да ли проширено одузимање имовине, које се одвија паралелно са кривичним поступком, може да утиче на ток и исход кривичног поступка? Односно, да ли чињеница да је код окривљеног пронађена нека имовина, која није у сразмери са његовим законитим приходима, код судије може да створи утисак или представу о личности окривљеног, а тиме и да утиче на непристрасност и објективност суда? Такође, може се поставити и питање да ли привремено одузимање имовине окривљеног, у току трајања кривичног поступка, може да створи утисак да је окривљени раније засигурно вршио друга кривична дела за која му се није судило? Сва наведена питања су у директној вези са питањем репутације окривљеног, као једним од важних елемената претпоставке невиности. Свакако да је немогуће пронаћи нормативно решење које би могло да отклони сваку од наведених сумњи. Међутим, законодавац пре израде нормативних решења проширеног одузимања имовине треба да имају у виду наведене опасности по репутацију окривљеног.

3.8.3. Пракса ЕСЈП

ЕСЈП је имао прилику више пута да износи став у односу на проширено одузимање имовине. Једна од првих пресуда је *Raimondo v Italy*.¹²⁹⁶ У овој одлуци ЕСЈП је заузео став да се проширено одузимање имовине не може сматрати процесном радњом у кривичном поступку, из ког разлога се изузима из примене права на правично суђење, односно, сматра се посебним поступком у односу на кривични поступак. Исти став је ЕСЈП заузео и годину дана касније, у пресуди

¹²⁹⁵ А. Трешњев, „О радној верзији Нацрта Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела“, *Ревизија за безбедност*, 7/2008, стр. 20.

¹²⁹⁶ *Raimondo v Italy*, ECtHR, Appl.no.12954/87, 22 February 1994, para 43

Welch v The United Kingdom.¹²⁹⁷ У оба случаја ЕСЉП је првенствено закључио да се конфискација имовине, у конкретним случајевима, не може сматрати кривичном санкцијом, па самим тим, ни поступак одузимања не може да има карактер кривичног. Односно, како мера одузимања суштински није санкција, нити произилази из утврђене кривице окривљеног, ЕСЉП је био мишљења да примена процесних права правичног суђења не важи у поступцима за изрицање ових мера. Следствено, у поступцима одузимања имовине не важи ни претпоставка невиности, као елемент права на правично суђење. Став о томе да правна природа одузимања имовине није казнене, већ превентивне и компензаторне природе, због чега нема места примени права на правично суђење ЕСЉП је изрекао у каснијој пресуди *Gogitidze and others v. Georgia*.¹²⁹⁸

Начелан став да поступци одузимања имовине не потпадају под право на правично суђење, није ЕСЉП ослободио од одлучивања у сваком конкретном случају о повреди појединачних елемената претпоставке невиности. У погледу терета доказивања, ЕСЉП је заузео став да је дозвољено успостављање чињеничних и правних претпоставки и пребацивање чињеничног терета доказивања на окривљеног у одређеној мери. Овај став, који је у пракси ЕСЉП богато разрађен, био је само примењен и на питања у вези са поступцима одузимања имовине. Тако, у случају *Philips v The United Kingdom*¹²⁹⁹ подносилац представке је сматрао да му је повређена претпоставка невиности због законске претпоставке из британског *The Drug Trafficking Act 1994* да је сва имовина окривљеног, стечена шест година пре покретања поступка, примљена као награда у вези са трговином дрогом. ЕСЉП је нашао да у конкретном случају није дошло до повреде претпоставке невиности, јер се у конкретном случају члан 6 .не може применити, с обзиром да се не ради о кривичној санкцији, нити кривичном поступку, а из поступка одузимања имовине нису произашле нове оптужбе. У односу на наведену законску претпоставку, ЕСЉП је закључио да је претпоставка дозвољена, с обзиром да је оборива на основу стандарда вероватноће *balance of*

¹²⁹⁷ *Welch v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.17440/90, 09 February 1995, para 27

¹²⁹⁸ *Gogitidze and others v. Georgia*, ECtHR, Appl.no.36862/05, 12 May 2015, para 126

¹²⁹⁹ *Philips v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.41087/98, 5 July 2001, para 28-36

probabilities.¹³⁰⁰ Такође, ЕСЉП је констатовао да је, услед успостављања наведене законске претпоставке, дошло до пребацивања терета доказивања на окривљеног, али је сматрао да је то учињено у складу са правилима правичног суђења и стандардима ЕСЉП.¹³⁰¹

Ипак, постоје случајеви у којима је ЕСЉП закључио да одузимање имовине повређује претпоставку невиности. У предмету *Geerings v The Netherlands*¹³⁰² ЕСЉП је утврдио да је налогом за проширено одузимање имовине била обухваћена имовина која је произашла из кривичног дела за које је окривљени претходно био ослобођен. ЕСЉП је закључио да је у конкретном случају дошло до повреде претпоставке невиности, јер је практично дошло до утврђивања кривице окривљеног, а да претходно окривљени није проглашен кривим од стране суда. У другој пресуди *Paraponiaris c. Greece*¹³⁰³ грчке власти су прибегле одузимању имовине за коју постоји сумња да је проистекла из кривичног дела и након што је окривљени ослобођен услед застарелости кривичног гоњења. ЕСЉП је подсетио на претходну праксу, према којој постоји повреда претпоставке невиности уколико судска одлука која се односи на окривљеног одражава осећај да је он крив, иако кривица није установљена, као и да члан 6. став 2. важи и након коначне ослобађајуће пресуде у кривичном поступку, а у односу на друге судске поступке који се воде у односу на окривљеног и везани су за конкретан кривични поступак. Из наведеног ЕСЉП закључује да је одузимање имовине након ослобађајуће пресуде, упоредиво са утврђивањем кривице окривљеног, мимо правила правичног суђења.

Може се приметити да ЕСЉП има тенденцију да одузимање имовине третира као вид санкције у случајевима када се одузимање имовине односило на имовину проистеклу из кривичних дела у односу на која је донета ослобађајућа пресуда. Са друге стране, проширено одузимање имовине, које је иницирано

¹³⁰⁰ *Philips v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.41087/98, 5 July 2001, para 43

¹³⁰¹ *Philips v The United Kingdom*, ECtHR, Appl.no.41087/98, 5 July 2001, para 33

¹³⁰² *Geerings v The Netherlands*, ECtHR, Appl.no.30810/03, 01 June 2007, para 31

¹³⁰³ *Paraponiaris c. Greece*, ECtHR, Requête no 42132/06, 06 April 2009, para 28-33

кривичним гоњењем окривљеног за конкретно кривично дело, ЕСЈП не сматра неким видом санкције, већ сасвим одвојеним поступком који није у вези са кривичним поступком. Уколико одузимање имовине јесте вид санкције, тада се у поступку одузимања имају применити правила правичног суђења, па и претпоставка невиности. Са друге стране, уколико одузимање имовине није вид санкције, тада је поступак одузимања потпуно одвојен од кривичног поступка и чињеница да ли је неко лице у кривичном поступку ослобођено или осуђено није ни од каквог значаја за одузимање имовине. Из наведених примера произилази да ЕСЈП није дао коначан одговор на ово изазовно питање.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Истраживање претпоставке невиности је био изазован и интелектуално стимулативан подухват. Разлози за то су вишеструки. Првенствено, чињеница да је претпоставка невиности предмет изучавања две гране права – кривичног процесног права и међународног права људских права, неминовно је водила ка разликама у методолошким приступима и основним начелима грана права. Изучавање претпоставке невиности, као људског и процесног права, захтевало је проналажење адекватног методолошког приступа подобног за међусобно комуницирање ове две гране права.

Чињеница да питање правне природе претпоставке невиности у кривичном процесном праву није у потпуности једнозначно, није помогло поједностављењу истраживачког задатка. Наиме, у теорији кривичног процесног права правна природа претпоставке невиности се креће од правног начела до простог процесног права окривљеног. Истраживање је пошло од тезе да је претпоставка невиности, по својој правној природи, процесно начело. Ова почетна теза отворила је пут ка даљем истраживању односа претпоставке невиности и других процесних начела. Иако је, са методолошког становишта, проблематичан метод разлагања правних начела на елементе, истраживање је прихватило тај ризик, а све у циљу свеобухватније спознаје предмета истраживања. Наиме, истраживање је пошло од методолошке поставке да претпоставка невиности има више елемената, а истраживање је имало за циљ да покаже квалитет узрочно последичних веза свих правних начела или института који се директно рефлектују на претпоставку невиности.

Прикупљање грађе за истраживање јасно је показало недостатак литературе о претпоставци невиности. Разлог наведеном је чињеница да се претпоставка невиности неретко посматра као потпуно јасан логички принцип

који није потребно посебно објашњавати. Стога су ретка истраживања која се баве само претпоставком невиности. Истраживање је са друге стране показало да претпоставка невиности заслужује много већу теоријску пажњу, као и неопходност даљег истраживања, како начела претпоставке невиности, тако и свих изазова који представљају претњу овом начелу.

Резултати истраживања су показали да су основне радне хипотезе, као претпоставке које су послужиле за свеобухватно истраживање и анализу претпоставке невиности као предмета истраживања, биле правилно одабране. Постављене хипотезе истраживања су у највећој мери потврђене.

Резултат истраживања потврђује да претпоставка невиности није само процесно право, већ има значајну рефлексију на шири концепт правичног поступка и представља гаранцију либерално демократског концепта владавине права. Троструко својство претпоставке невиности - прво, као право међународног права људских права; друго, као индивидуално процесно право окривљеног у кривичном поступку; и треће, као основно начело којим се гарантује легитимитет кривичног поступка, надилази строги нормативни концепт и отвара врата ка поимању претпоставке невиности из угла мета правних принципа развијених под окриљем Савета Европе и Европског суда за људска права. Мета правни принципи либерално демократског концепта владавине права, проистекли из заједничког наслеђа политичких традиција и идеала западноевропских земаља, имају рефлексију на процесна права у кривичним поступцима тако што их постављају на сам врх гаранција заштите појединца од самовоље државе. У том смислу, претпоставка невиности представља гаранцију владавине права, али истовремено и извор легитимитета кривичног поступка.

Начин разумевања значаја и садржине претпоставке невиности у међународним механизмима за заштиту људских права није јединствен. Резултат истраживања недвосмислено показује да је пракса Европског суда за људска права водећа пракса на пољу заштите права на правично суђење, па самим тим и претпоставке невиности. Скоро сви међународни механизми за заштиту људских права позивају се на праксу Европског суда за људска права или заузимају ставове који су на линији ставова овог суда. Међутим, не можемо са сигурношћу да

потврдимо да је пракса међународних механизма јединствена у погледу претпоставке невиности. Разлике се углавном крећу у начину разумевања елемената претпоставке невиности и њиховог међусобног односа. Ипак, значајније закључке о разлозима постојања разлика у начину разумевања претпоставке невиности није могуће извести из два разлога. Прво, због разлика које постоје између великих позитивноправних кривичнопроцесних система – континентално европског и англосаксонског, а друго, из разлога што повезаност претпоставке невиности са другим процесним правима и начелима онемогућава чисто сагледавање претпоставке невиности, издвојено од других процесних права и начела.

Хипотеза да претпоставка невиности има сложену структуру која обухвата више елемената, од којих неки представљају самосталне правне институте и начела, потврђена је у целисти. Практика ЕСЈП, али и других механизма за заштиту људских права недвосмислено показује да претпоставка невиности, сама по себи, без анализе других процесних права и начела, представља ништа више до обичне „празне шкољке“ чију садржину није могуће одредити, па самим тим ни заштитити. Истраживање је показало да претпоставка невиности обухвата више елемената који на први поглед, простим нормативноправним тумачењем, нису видљиви. Овакав став нарочито је уочљив у пракси ЕСЈП који, као основне елементе претпоставке невиности препознаје: стандард доказивања, терет доказивања, привилегију против самоинкриминације и начело *in dubio pro reo*. Поред наведеног, ЕСЈП за претпоставку невиности везује и начело независности и непристрасности, улогу јавности и медија у истражном поступку, питања лишења слободе у кривичном поступку. Сложеност елемената из којих се састоји и од којих претпоставка невиности зависи, као и њихов однос међузависности отежава истраживање претпоставке невиности као самосталног правног начела.

Потврђена је и хипотеза да ЕСЈП има недоследну праксу у погледу начина тумачења претпоставке невиности и њених саставних елемената. Истраживање праксе ЕСЈП показало је да постоји висок степен недоследности ЕСЈП у погледу начина тумачења хијерархије права из права на правично суђење, па самим тим и висок степен недоследности у погледу начина тумачења

односа претпоставке невиности према ставу 1. и ставу 3. члана 6. ЕКЉП. Праћење праксе ЕСЉП у односу на претпоставку невиности, стога, отежава и чињеница да је Суд неретко склон тумачењу по коме не приступа утврђивању претпоставке невиности уколико је утврђена повреда права на правично суђење. Због наведеног тумачења, неретко остајемо ускраћени за став ЕСЉП у погледу значајних питања претпоставке невиности. Овде је неопходно указати и на изражен тренд према коме ЕСЉП све више показује висок степен разумевања за савремене тенденције *превентивне правде*, на уштрб претпоставке невиности. Можемо закључити да ЕСЉП допушта снажан заокрет националних законодавстава ка *превентивној правди* и да претпоставку невиности не види као брану тој тенденцији.

Хипотеза да претпоставка невиности није статична категорија потврђена је резултатима истраживања и произашла је као закључак из свих претходно потврђених хипотеза. Историјскоправни метод истраживања послужио је за анализу начина разумевања и примене претпоставке невиности од Хамурабијевог законика до савремених правних система. Историјско истраживање неспорно указује да је претпоставка невиности производ грађанског друштва. Претпоставку невиности, какву ми данас познајемо, на велика врата уводи Француска буржоаска револуција, након чега се она у целости развија под, социолошки гледано, епохом модерне. Изазови постмодерне у доброј мери утичу и на претпоставку невиности. Тако, захтев за превентивним деловањем кривичног права, односно изазов *превентивне правде* постмодерног друштва, утиче на структуру претпоставке невиности, њене елементе и везане правне институте и начела. Претпоставка невиности постмодерне почиње да трпи различите видове ограничења, евазија и ерозија. Међународно право људских права, чији развој је у пуном маху постигнут по окончању Другог светског рата, снажно штити претпоставку невиности у свим елементима развијеним под окриљем грађанског друштва модерне. Са друге стране, савремени изазови тероризма и организованог криминала, у националним законодавствима, али и у изворима међународног јавног права, неретко сужавају претпоставку невиности тако што, на пример омогућавају пребацивање терета доказивања или снижавање стандарда доказивања. Можемо закључити да се заокрет у хијерархији друштвених вредности постмодерне ере – од слободе, као највише вредности грађанског

друштва ка безбедности као највишој вредности *друштва ризика*, на пољу кривичног права читава у измењеном начину разумевања претпоставке невиности.

Збир потврђених хипотеза и резултата истраживања води ка питању – да ли можемо да тврдимо да претпоставка невиности представља јасну и структурирану тековину кривичног процесног права и људских права? На ово питање, на жалост, не можемо да одговоримо у целости позитивно.

Са становишта националних законодавстава, кретање од претпоставке некривице до претпоставке невиности, само по себи, не представља значајан изазов за националне судове. Претпоставка некривице, нужно не мора да има другачије значење од претпоставке невиности, чак напротив, обе претпоставке подразумевају исте елементе и исти начин тумачења у примени. У националним законодавствима већи изазов представља правилно тумачење елемената претпоставке невиности и њиховог међусобног односа, као и чињеница да правници претпоставку невиности неретко доживљавају, пре као протоколарну дужност суда, него као суштинско право окривљеног и обавезу свих других.

Одлуке међународних механизма за заштиту људских права такође не охрабрују на позитиван одговор. Неспорно је да међународни инструменти и механизми за заштиту људских права имају јединствени став у погледу елемената претпоставке невиности, као и у погледу правних начела и института који могу да утичу на претпоставку невиности, који ставови су креирани под окриљем ЕСЉП. Такође, неспорно је да међународно право људских права препознаје и ванправне феномене који могу бити од утицаја на претпоставку невиности, као на пример утицај медија. Међутим, не можемо са сигурношћу да потврдимо да међународни механизми за заштиту људских права имају висок степен доследности у заштити претпоставке невиности. Недоследности су приметне у два правца. Први правац се односи на питање тумачења међусобног односа и хијерархије елемената претпоставке невиности, правних начела и института везаних за претпоставку невиности и односа претпоставке невиности са другим људским правима. Други извор недоследности тиче се савремених тенденција кривичног материјалног и кривичног процесног права на пољу *превентивне правде*, које повлађују страху од

криминала, моралној паници и пунитивном популизму, а у односу на које иновативне правне креације су међународни механизми за заштиту људских права показали висок степен толеранције, пристајући на изазовну трампу постмодерне ере – слобода за безбедност.

Каква ће бити будућност претпоставке невиности, је питање на које истраживање није могло да да одговор. Како смо претходно закључили, претпоставка невиности није статична категорија и директно је зависна од мета правних принципа који произилазе из највиших друштвених вредности. На питање - да ли ће претпоставка невиности одолети *друштву ризика* или ће се модификовати у претпоставку кривице под утицајем друштва ризика и *превентивне правде*, како неки аутори суморно наслућују, одговориће нека будућа истраживања.

ЛИТЕРАТУРА

КЊИГЕ И ЧЛАНЦИ

- Akandji-Kombe J.F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2007.
- Alschuler A., "The Prosecutor's Role in the Plea Bargaining", *University of Chicago Law Review*, 36, 1968, 50-112.
- Alschuler A., "Plea Bargaining and Its History", *Columbia Law Review*, 1, 1979, 2-43.
- Alschuler A., "Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process", *Michigan Law Review*, 85, 1987, 510-569.
- Alston P. (ed), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005.
- Amatrudo A., Blake L.W., *Human rights and the criminal justice system*, Routledge, GlassHouse Book, New York, 2015.
- Ashworth A., *Principles of Criminal Law*, third edition, Oxford University Press, 1999.
- Ashworth A., „Four threats to the presumption of innocence“, *The International Journal of Evidence and Proof*, (2006)10, 241-279.
- Ashworth A., „Self – Incrimination in European Human Rights Law - a pregnant pragmatism?“, *Cardozo Law Review*, 2008, volume 30, issue 3, 751-774.
- Ashworth A., Zedner L., Tomlin P. (eds), *Prevention and the limits of the Criminal law*, Oxford, 2013.
- Бајовић В., „Право на одбрану ћутањем“, *Правни живот* број 10/2008, 5-30.
- Бајовић В., *Споразум о признању кривице – упоредно-правни приказ*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009.
- Bal P., „Discourse ethics and human rights in criminal procedure“, *Philosophy and social criticism*, Vol. 20 No.4, 1994, 71-99.
- Bates E., *The Evolution of the European Convention of Human Rights, From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press 2010.
- Bauman Z., *Postmodern Ethics*, Blackwell Publishing, Victoria, 1993.
- Бејатовић С., „Тероризам и друга кривична дела насилничког карактера и кривичноправни инструменти супротстављања“ у: *Кривичноправни*

инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера, зборник радова, Теслић, 2016, 6-31.

- Bejatović S., „Pojednostavljene forme postupanja kao bitno obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona“ u: Jovanović I., Stanisavljević M. (ur), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima. Regionalna krivičnopravna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Bek U., *Rizično društvo*, Filip Višnjić, Beograd, 2001.
- Bek U., *Svetsko rizično društvo u potrazi za izgubljenom sigurnošću*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2011.
- Benedict M. (ed), *Cyberspace: First steps*, MIT Press, Cambridge, 1991.
- Berman H.J., *Justice in the U.S.S.R.*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1963.
- Беширевић В. et al., *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Службени гласник, 2017.
- Bianchi A., „Human Rights and the Magic of Jus Cogens“, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, no.3, 2008, 491-508.
- Biling F.M.W., *The Right to silence in transnational criminal proceedings, Comparative Law Perspectives*, Springer, 2016.
- Blume J.H., Helm R. K., “The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty”, *Cornell Law Review* 157, 2014, 157-192.
- Boas G., Bischoff J.L., Reid N.L., *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2007, 68-79.
- Boczek B.A., *International Law, A Dictionary*, Scarescrow Press, Oxford, 2005.
- Boddington P., *Towards a Code of Ethics for Artificial Inteligence*, Springer, 2017.
- Bodrijar Ž., *Simulakrum i simulacija*, Svetovi, Novi Sad, 1991.
- Бодрожих И., *Кривичноправно реаговање на тероризам*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2016.
- Bonacker T., Safferling C. (eds), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, Asser Press, Springer, The Hague, 2013.
- Brems E., Gerards J. (eds), *Shaping Rights in ECHR*, Cambridge University Press, 2013.
- Brkić S., *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2004.
- Brownlie I., *Principles of Public International Law* 5th ed., Oxford University Press, 1998.
- Brownlie I., *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford University Press, 2008.

- Булатовић А., *Људска права у савременој политици борбе против транснационалног организованог криминала*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Бугарски Т., „Претпоставка невиности (обим и дејство у кривичном поступку)“ у: Бејатовић С. (ур.) *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспект*, Златибор, 2017, 344-361.
- Butler A.S., “Funke v France and the right against self incrimination: a critical analysis”, *Criminal Law Forum*, 2000, volume 11, 461-505.
- Butzler V., *Staatsschutz Mittels Vorfeldkriminalisierung: Eine Studie Zum Hochverrat, Terrorismus Und Den Schweren Staatsgefährdenden Gewalttaten*, Nomos, Berlin, 2017.
- Calvo-Goller K.N., *The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR*, Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006.
- Callewaert J., “The Privilege against Self Incrimination in European Law”, *ERA-Forum, Academy of European Law*, Trier, no. 4(2004), 488- 498.
- Campbell L., „Criminal labels, the European Convention on Human Rights and the presumption of innocence“, *Modern law review*, 76 (4), 2013, 681-707
- Cape E., Nooradze Z., *Effective Criminal Defense in Eastern Europe*, Legal and Reformers Network, 2012.
- Cassese A., *Human Rights in a Changing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- Царић С., *Право на суђење у разумном року*, Службени гласник, Београд, 2008.
- Chadee D. (ed), *Psychology of Fear; crime and the Media*, International Perspectives, Routledge, New York, 2016.
- Chowdhury A.R., Bhuiyan J.H. (eds), *An Introduction to International Human Rights Law*, Koninklijke Brill, Leiden, 2010.
- Christoffersen J., Madsen M.R. (eds), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2013.
- Clapham A., *Brierly's Law of Nations*, Oxford University Press, 2012.
- Cole D. and Lobel J., *Less safe, less free: The failure of Preemption in the War of Terror*, New Press, New York, 2007.
- Conway G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- Cras S., Erbežnik A., „The Directive on the Presumption of Innocence and the Rights to Be Present at Trial, Genesis and Description of the New EU-Measure“, *European Criminal Law Associations forum*, 2016/1, 25-35..
- Curtin D., Eckes C., “The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe”, *International Organizations Law Review* 5 (2008), 365-369.

- Čavoški A., Reljanović M., *Pravosuđe i unutrašnji poslovi u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Чавошки К., *Увод у право I Основни појмови и државни облици*, Драганић, Београд, 1994.
- Ћејковић В., *Претпоставка невиности окривљеног*, Досије, Београд, 2009.
- Ћирић Ј., „Случај Миранда и његове репрекусије на казнену реакцију данас“, *Наука, Безбедност, Полиција*, година 11 број 3, Београд, 2006, 17-37.
- Ћирић Ј., *Објективна одговорност у кривичном праву*, Институт за упоредно право, Београд, 2008
- Damaška M., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press 1997.
- Damaška M., „The Shadow Side of Command Responsibility“, *Yale Faculty Scholarship Series* 1574, Yale 2001, 455-496
- Dean T., *Crime in Medieval Europe 1200-1550*, Routledge, London and New York, 2001.
- DeGuzzman M.M., Amman D.M. (eds), *Arcs of Global Justice Essays in the Honour of William A. Schabas*, Oxford University Press, New York, 2018.
- Делић Н., „Кривична дела против правосуђа у светлу измена и допуна из 2009 године“, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*, година 1, 1/2010, 77-103.
- Delmas Marty M., Chodkiewicz (eds), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff, 1992.
- Dershowitz A.M., *Is There a Right to Remain Silent, Coercive Interrogation and The Fifth Amendment After 9/11*, Oxford University Press, 2008.
- Dijk P. et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2018.
- Dik F.K., *Glas trećeg*, Alnari, Beograd, 2002.
- Dimitrijević V. et al., *Osnovi međunarodnog javnog prava, drugo izdanje*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007 .
- Dimitrijević V. et al., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.
- Ditertr Ž., *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik, 2006.
- Duff A. et al. (eds.), *The boundaries of the criminal law*, Oxford University Press, 2010.
- Duff A., “Who Must Presume Whom to Be Innocent of What?”, *Netherland Journal of Legal Philosophy* (42) 3, 2013, 170-192

- Dugard J., *International Law: A South African Perspective*, 3rd edition, Juta&Co, Lansdowne South Africa, 2005.
- Dupuy P.M., Vierucci L. (eds), *NGOs in International Law Efficiency in Flexibility?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.
- Ђајић С., *Међународно правосуђе*, Службени гласник, Београд, 2012.
- Ђурђић В., „Правна природа, садржина и поље важења претпоставке невиности“, *Европске интеграције: правда, слобода и безбедност*, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2016, 44-68.
- Eco U., *Travels in Hyperreality*, Essays, Harvest Book, 1986.
- Emmerson B. et al, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet and Maxwell, 2012.
- Endicott T., “The Impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 19/1999, 1-18
- Elewa Badar M., „Just Convict Everyone!” – Joint Perpetration: From Tadic to Stakic and Back Again“, *International Criminal Law Review* 6, 2006, 293–302.
- Farrall S., Lee M. (eds), *Fear of crime, critical voices in the age of anxiety*, Routledge, 2008.
- Federico G. (ed), *The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Instrument*, Springer, 2011.
- Ferguson P., “The PoI and its role in the criminal process”, *Criminal Law Forum* 27(2), 2016, 131-158.
- Fredman S., „Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights“, *Legal Research paper series* No 38/2006, University of Oxford, 1-29.
- Fukujama F., *Kraj istorije i poslednji čovek*, CID, Podgorica, 1998.
- Gain M.S., “The Bail Reform Act of 1984 and United States v. Salerno: Too Easy to Believe”, *Case Western Reserve Law Review*, No.139, 1989, 1371-1393.
- Garcia Roca J., Santolaya P. (eds), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhof, Leiden, 2012.
- Garty C., *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford University Press, New York, 2004.
- Giddens A., Pierson C., *Conversations with Anthony Giddens, Making Sense of Modernity*, Stanford University Press, California, 1998.
- Глушчевић Ј., *Одузимање имовине стечене кривичним делом*, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет Унион, Београд, 2015.
- Gomien D., *Short Guide to the European Court on Human Rights*, 3rd edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005.

- Goss R., *Criminal Fair Trial Rights*, Article 6 of European Convention on Human Rights, Hart Publishing, London, 2014.
- Gray A., *Presumption of innocence in peril*, A Comparative Critical Perspective, Lexington Books, London, 2017.
- Greer C., McLaughlin E., "Trial by media: Policing, the 24-7 news media sphere and the politics of outrage", *Theoretical Criminology*, 15(1), 2011, 23-46.
- Grover L., *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014.
- Grover S.C., *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2010.
- Grubač M., Vasiljević T., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011 godine, Projuris, Beograd, 2014.
- Грубач М., „Рационализација кривичног поступка упрошћавањем процесних форми“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр.1-3/84
- Guidorizzi D.D., "Should We Really "Ban" Plea Bargaining?: The Core Concerns of Plea Bargaining Critics", 47 *Emory Law Journal*, 1998, 753-783.
- Hamer D., „The presumption of innocence and reverse burdens: a balancing act”, *The Cambridge Law Journal*, 2007, 142-171.
- Hannay A. (ed), *The Concept of Anxiety, A Simple Psychologically Oriented Deliberation in View of the Dogmatic Problem of Hereditary Sin*, Liveright Publishig Coorporation, New York, 2014.
- Harding A., Hatchard J. (eds), *Preventive Detention and Secutity Law. A Comparative Study*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1993.
- Harris D. et.al. , *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009.
- Haveman R., Kavran O., Nicholls J., *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, Intersentia, Antwerp, 2003.
- Henckaerts J.M., Doswald-Beck L., *Customary International Humanitarian Law Volume I Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2005.
- Henham R., "Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process", *The Modern Law Review* Vol. 62, No. 4 (Jul., 1999), 515-538.
- Henrion H., „La présomption d'innocence dans les travaux préparatoires au XXème siècle“, *Archives de politique criminelle*, 2005/1 (n° 27), 37 – 57.
- Hirsch Ballin M.F.H., *Anticipative Criminal Investigation – Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States*, Springer, The Hague, 2012.
- Horgan J., *The Psychology of Terrorism*, Routledge, London and New York, 2005.
- Hudson B., *Justice and Security in the 21st century: Risks, Rights and the Rule of Law*, Routledge, New York, 2012.

- Hudson B., *Justice in the Risk Society*, Sage publications, London, 2003.
- Husak D., “Social Engineering as an Infringement of the Presumption of Innocence: The Case of Corporate Criminality”, *Criminal Law and Philosophy*, June 2014, 8/2, 353-369.
- Илић Г. et.al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Шесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2013.
- Илић Г., „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела“, у *Кривично законодавство и превенција криминалитета*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Министарство правде Републике Српске, Брчко, 2011.
- Илић И., „Претпоставка невиности окривљеног и право на јавно информисање“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, Тематски број Медији и људска права, 61/2012, 572-586
- Ivanišević B., et.al., *Vodič kroz Haški trinulal – propisi i praksa*, Misija OEBS u Srbiji, 2007
- Jackson J., “Introducing fear of crime to risk research”, *Risk Analysis*, 26(1), 2006, 253–264
- Jackson J., „Re-conceptualizing the right of silence as an effective fair trial standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, October 2009, vol 58, 835–861.
- Jackson J., Summers S., *The Internationalisation of Criminal Evidence, Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, New York, 2012.
- Janssens C., *The Principle of mutual recognition in EU law*, Oxford University Press, 2013.
- Јекић З., Данић Р., *Кривично процесно право*, ДТА Trade, Београд 2004.
- Јекић З., „Претпоставка невиности окривљеног у ЗКПу од 1976“, *ЈПКК*, бр.4/1977
- Jones S., “Guilty until Proved Innocent? The Diminished Status of Suspects at the Point of Remand and as Unconvicted Prisoners”, *Common Law World Review* 32 (2003), 399-417.
- Joseph S., Schultz J., Castan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2013.
- Jovanović I., Stanisavljević M. (ur), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima. Regionalna krivičnopravna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Kaczorowska Ireland A., *European Union Law*, Fourth edition, Routledge, New York, 2016.

- Kaseze A., *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005.
- Kessler Ferzan K., “Preventive Justice and the Presumption of Innocence”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, Issue 2, 2013, 505-525.
- Kerikmae T. (ed), *Protecting Human Rights in the EU, Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Springer, Heidelberg, 2014.
- Kitai-Sangero R., „Limits of Preventive Detention“, *McGeorge Law Review*, 2008, Volume 40, Issue 4, Article 3, 903-933.
- Киурски Ј., *Начело опортунитета кривичног гоњења*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.
- Klamberg M. (ed), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsah Academic Publisher, Brussels, 2017.
- Klimek L., *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017.
- Кнежевић С., *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2007.
- Kokott J. and Sobotta C., “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance”, *The European Journal of International Law* Vol.23 no.4., 2012, 1015-1024.
- Кошутић Б., Ракић Б., Милисављевић Б., *Увод у право европских интеграција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017.
- Kovandzic T.V., Sloan J.J., and Vieraitis L.M., „Striking out” as crime reduction policy: The impact of “three strikes” laws on crime rates in U.S. cities”, *Justice Quarterly*, Volume 21, 2004-Issue 2, 207-239.
- Крпач Д. et al, *Kazneno procesno pravo – Prva knjiga: Institucije* (VII neizmjenjeno izdanje), Zagreb 2015.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Kuczynska H., *The Accusation Model Before the International Criminal Court Study of Convergence of Criminal Justice Systems*, Springer, Heidelberg, 2014.
- Lamberigts S., „The Directive on the Presumption of Innocence, A Missed Opportunity for Legal Persons?“, *Eucrim The European Criminal Law Associations forum* 2016/1, 36-42.
- Landsman S., *Readings on adversial Justice: the American aproach to adjudication*, West Publishing, St. Paul, 1988.
- Laudan L., „The Presumption of Innocence: Material or Probatory?“, *Legal Theory* 11 (2005), 333-361.
- Laudan L., *Truth, Error, and Criminal Law: An Esey in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

- Lautenbach G., *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press 2013
- Лазин Ђ., „Садржина и правна природа претпоставке невиности“, *Анали* 5-6/1981.
- Lazin Ђ., „*In dubio pro reo*“ u *krivičnom postupku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1985.
- Leach P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, New York, 2011.
- Lee N., *Counterterrorism and Cybersecurity, Total Information Awareness*, Springer, London, 2015.
- Lenaerts K., “The Kadi Saga and the Rule of Law within the EU”, *SMU Law Review*, volume 67, 2014, 707-715.
- Лепотић Б., *Приступање Европске уније Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016.
- Lippke R., *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press, 2011.
- Lippke R., “The Prosecutor and the Presumption of Innocence”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, Issue 2, 2013, 337-352.
- Lippke R., *Taming the presumption of innocence*, Oxford University Press, 2016.
- Lobel J., „The Preventive Paradigm and the Perils of Ad Hoc Balancing“, *Minnesota Law Review* 91, 1407-1450.
- Loucaides L., *The European Convention on Human Rights, Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007.
- Loucaides L., *An Alternative View on the Jurisprudence of The European Court of Human Rights, A Collection of Separate Opinions 1998-2007*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2008.
- Macken C., "Preventive Detention and the Right of Personal Liberty and Security under the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966", *Adelaide Law Review* 1, 2005, 1-28.
- Maley W., „Norms as frames for Institutions. The Pact of Paris, Nuremberg and the international rule of law“, in: Sampford C., Thakur R. (eds) *Institutional Supports for the International Rule of Law*, Routledge, London, 2015.
- Masferrer A., *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Springer, 2012.
- Матић Бошковић М., *Европски кривичноправни механизми и њихов утицај на национална законодавства*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016.
- McCulloch J., Wilson D., *Pre-crime, Pre-emption, precaution and the Future*, Routledge, New York, 2016.

- McConville M., Mirsky C.L., *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*, Hart Publishing, 2005.
- McCarthy A. „Erosion of the Rule of Law as a Basis for Command Responsibility under International Humanitarian Law”, *Chicago Journal of International Law*, Volume 18, No.2., 2018, pg 553-593.
- McDermott Y., *Fairness in International Criminal Trials*, Oxford University Press, 2016.
- Mekbrajd Dž., *Ljudska prava u krivičnom postupku – praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, kancelarija u Beogradu, 2009.
- Meron T., *The Implications of the European Convention on Human Rights for the Development of Public International Law*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- Mettraux G. , *Pravo komandne odgovornosti*, Fond za humanitarno pravo i Fond za otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2009.
- Милојковић Б.А., *Законик о поступку судском и кривичним делима са објашњењима и коментаром са Полицијском уредбом и Законом о пороти*, Штампарија Супек-Јовановић и Богданов, Нови Сад, 1920.
- Miljuš I., Stanković B., „Komandna odgovornost. Problem dokazivanja u postupcima pred Međunarodnim sudom“, *Pravni život* 9/2018, 2018, 581-600
- Moeckli D., Shah S., Sivakumaran S. (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2014.
- Mole N., Harby C., *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2006.
- Möller K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Hart Publishing, 2012.
- Mowbray A., *Cases, Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007.
- Mujanović E., Daltzer D. (ur.), *Prošireno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelima. Teorijski, međunarodnopravni i komparativno pravni aspekti*, Sarajevo, 2017.
- Murschetz V., „The future of Criminal Law within the European Union – Union Law or Community Law Competence“, in: *The Pacific and Europe: The 50th Jubilee of the European Communities*, Hors serie, vol VII, 2007, Faculty of Law, University of Wellington, 145 -156.
- Nikolić D., *Sporazum o priznanju krivice*, Studentski kulturni centar Niš, 2006.
- Nelken D. (ed), *The Futures of Criminology*, Sage, London, 1994.
- Nenadić S., „Pre crime koncept Zakona o sprečavanju nasilja u porodici – obeveze države i rizici po povredu ljudskih prava“, *Strani pravni život* br. 1, 2017, 155-169.

- Omejec J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Strasbourgški Acquis, Novi informator, Zagreb, 2013.
- Ovey C., White R., Jacobs and White: *The European Convention on Human Rights*, 4th edition, Oxford University Press, 2006.
- Parry W.T., Hacker E.A., *Aristotelian Logic*, State University of New York, 1991.
- Pasqualucci J.M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Edinburgh, 2003.
- Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Paunović M., Carić S., *Evropski sud za ljudska prava, nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za publikacije, Beograd, 2007.
- Pennington K., „Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim“, *Jurist: stud. Church L. & Ministry* 106 (2003), 106-124.
- Поповић Д., *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд, 2012.
- Popović D., *Postanak evropskog prava ljudskih prava, Esej o sudskoj kreatinosti*, Službeni glasnik, 2013.
- Powles S., „Joint Criminal Enterprise – Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity“, *Journal of International Criminal Justice* 2(2004), 606-619.
- Pradel J., *Droit penal compare*, 2nd edition, Paris, 2002.
- Quigley J., „The Soviet Conception of the Presumption of Innocence“, 29 *Santa Clara L. Rev.* 301 (1989), 301-329.
- Quintard-Morenas F., “The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions”, *The American Journal of Comparative Law*, 2010, volume 58, 107-150.
- Quirk H., *The Rise and Fall of the Right of Silence*, Routledge, New York, 2017.
- Raimondo F., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Nijhoff Publisher, Leiden, 2008.
- Ракић Б., „Европски суд правде између људских права и борбе против тероризма – однос међународог и европског права“, *Анали Правог факултета у Београду*, 2/2009, 155-185.
- Resta G., *Trial By Media as a Legal Problem, A Comparative Analysis*, Aracne, Rome, 2009.
- Reydam L., Wouters J., Ryngaert C. (eds.), *International Prosecutors*, Oxford University Press, 2012.

- Rid K., *Evropska konvencija o ljudskim pravima. Vodič za praktičare*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.
- Ристивојевић Б., *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, Нови Сад, 2003
- Ристивојевић Б., „„Пунитивни популизам“ српског законодавца. Критичка анализа тзв. Маријиног закона“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Редовно годишње саветовање 50, Златибор, Београд, 2013, 319-338
- Ristivojević B., „Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava?“, *Crimen*, 8(1), 2017, 3–21
- Robertson D., *A Dictionary of Human Rights*, 2nd edition, Europa publications, London, 2004.
- Robinson P., „The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY“, *Berkeley J.INT'L. Publicist*, 2009, Volume 3, 1-11.
- Robinson P.H., "Punishing Dangerousness: Cloaking Preventative Detention as Criminal Justice", *Harvard Law Review* 114, Harvard, 2001, 1429-1456.
- Ruggeri S. (ed), *Human Rights in European Criminal Law*, Springer, 2014.
- Russell P., O'Brien D. (eds), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*, University Press of Virginia, 2001.
- Schabas W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2007.
- Schabas W.A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015.
- Schehr R., "Standard of Proof, Presumption of Innocence, and Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-trial Criminal Procedure" *California Western Law Review*: Vol. 54 : No. 1 , Article 3., 2018, 51-101.
- Schultz D., *Encyclopedia of the United States Constitution, Facts on File*, New York, 2009.
- Shaw M.N., *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, 2008.
- Shiner R., Ho H., "Deferred Prosecution Agreements and the Presumption of Innocence", *Criminal Law and Philosophy*, Volume 12, Issue 4, 2018, 707-723.
- Simonato M., "Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains", *ERA Forum* 18, Trier, 2017, 365–379.
- Simović Hiber I., „Udruženi zločinački poduhvat“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/09, 2009.
- Симовић Хибер И., „Кривичноправно значење и тумачење феномена организованог криминала и тероризма“ у: *Кривичноправни инструменти*

- супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера, зборник радова са међународног научног скупа, Теслић, 2016, 168-183.
- Simpson A.W.B., *Human Rights and the End of Empire*, Oxford University Press, 2001.
- Sliedregt E., „A contemporary reflection on the presumption of innocence”, *Revue internationale de droit penal*, 2009/1-2, Vol. 80, 2009, 247-267.
- Sliedregt E., „European approaches to fighting terrorism“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.20, 2010, 413-427.
- Sliedregt E., „Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide“, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 184-207.
- Soeharno J., *The Integrity of the Judge, A Philosophical Inquiry*, Ashgate e-book, 2009.
- Spiro P.J., “NGOs and human rights: channels of power” in Joseph S., McBeth A. (eds), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Cheltenham, UK, 2010.
- Ssenyonjo M. (ed), *The African Regional Human Rights System: 30 Years after Human Rights Charter*, Nijhoff Publishers, Leiden 2012.
- Stavros S., *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1993.
- Stevens L., „Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17 (2009), 165–180.
- Стојановић С., „Joint Criminal Enterprise – заједнички злочиначки подухват као повреда права оптуженог у поступку пред трибуналом у Хагу“ у: Ђорђе Лопичић (ур), *Међународно кривично право*, Службени гласник, Београд, 2006.
- Стојановић З., „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика. Девето измењено и допуњено издање. Према стању Кривичног законика од 01.12.2019. године и према стању законодавства од 21.05.2019. године*, Службени гласник, Београд, 2019
- Stumer A., *The Presumption of innocence, Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart Publishing, 2010.
- Summers S., *Fair Trials*, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- Szazi E., *NGOs: legitimate subjects of international law*, Leiden University Press, 2012.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд*, Досије, Београд, 2005.
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Досије, Београд, 2014.

- Шкулић М., „Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву“, у: *Одговорност и кривичне санкције у кривичном праву са посебним освртом на М.К.П.*, 2019, 46-84.
- Шкулић М., „Неурачунљивост и интоксикација учиниоца у кривичном праву САД – сличности и разлике са неурачунљивошћу и скривљеном неурачунљивошћу у српском кривичном праву“, *Журнал за криминалистику и право*, Криминалистичко-полицијска академија, број 2, 2015, 1-27.
- Шкулић М., Илић Г., *Како је пропала реформа шта да се ради?*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.
- Шкулић М., „Посебне доказне радње у функцији сузбијања тероризма“ у: *Зборник радова Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера*, Теслић, 2016, 94-123.
- Шкулић М., *Кривична дела против полне слободе*, Службени гласник, Београд, 2019.
- Tan H.L., *The ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights*, Cambridge University Press, 2011
- Tanaka Y., McCormak T., Simpson G. (eds), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.
- Thomas E.W., *The Judicial Process. Realism, pragmatism, practical reasoning and principles*, Cambridge University Press, 2005.
- Tochilovsky V., *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts, Procedure and Human Rights Aspects*, 2nd edition, Intersentia, 2014.
- Tomuschat C., „The *Kadi* Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?“, *Yearbook of European Law*, Volume 28, Issue 1, 2009.
- Trechsel S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005.
- Trešnjević A., „O radnoj verziji Nacrta Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela“, *Revija za bezbednost*, 7/2008, 2008.
- Турањанин В., *Споразум о признању кривичног дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016.
- Udombana N.J., “The African Commission on Human and People's Rights and the development of fair trial norms in Africa”, *African Human Rights Law Journal*, 6, No 2, 2006, 298-332.
- Ulväng M., „Presumption of innocence Versus a Principle of Fairness, A Response to Duff“, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, volume 42, 2013, 205-224.

- Vasak K., Alston P. (eds), *The International Dimensions of Human Rights*, vol 1., Unesco, Paris, 1982.
- Васиљевић Т., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1977.
- Васиљевић Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Завод за издавање уџбеника Социјалистичке републике Србије, Београд 1971.
- Vekarić B., *Krivičnopravne specifičnosti ratnih zločina*, ATS, Beograd, 2017.
- Vervaele J.A.E. (ed), *European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Intersentia, Antwerpen, 2005.
- Vitkauskas D., Dikov G., *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strasbourg, 2012, Sarajevo.
- Водинелић В., „О правној природи пресумпције невиности“, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, 1978/1979, Крагујевац 1980, 49-73.
- Volokh A., „N Guilty Men“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 146, 1997, 173-216.
- Vriend K., *Avoiding a Full Criminal Trial, Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, Springer, 2016.
- Vuković I., „Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela – evropski okvir i srpsko zakonodavstvo“, *Crimen* (VII) 1/2006, 3-32.
- Walton D., *Burden of proof, Presumption and Argumentation*, Cambridge University Press, 2014.
- Wan T., „The Unnecessary Evil of Plea Bargaining: An Unconstitutional Conditions Problem and a not-so-least Restrictive Alternative“, *Review of Law and Social Justice* Vol.17:1, 2007, 33-61.
- Webber D., *Preventive Detention of Terror Suspects: A New Legal Framework*, Routledge, New York, 2016.
- Weber L., Lee M., „Preventing indeterminate threats, Fear, terror and the politics of preemption“ in: Lee M., Farrall S. (eds.), *Fear of Crime, Critical voices in an age of anxiety*, Routledge, 2008.
- Weigend T., „Assuming that the Defendant is not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice“, *Criminal Law and Philosophy*, no. 2, 2014, 285-299.
- Weissbrodt D., Vega C., *International Human Rights Law, an introduction*, University of Pennsylvania Press, 2007.
- White Carns T., Kruse J., „A Re-evaluation of Alaska’s Plea-bargaining Ban“, *Alaska Law Review*, Vol. 8:27, 1991, 27-69.
- Wolbert Burgess A., Regehr C., Roberts A., *Victimology, Theories and Applications*, Jones and Bartlett Publishers, Massachusetts, 2013.

Young S., *Civil Forfeiture of Criminal Property, Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Massachusetts, 2009.

Zappala S., *Human rights in International criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005.

Zedner L., „Pre-crime and post- criminology?“, *Theoretical Criminology*, No.11, vol.2., 2007, 261-281.

Ziegler K.S., “Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, issue 2, 2009, 288-305.

МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ И ДОКУМЕНТИ ЕУ

Уједињене нације

Basic Principles on the Independence of the Judiciary, General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, 16. децембар 1966., објављено у „Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори, бр. 7/1971, 30. јаунара 1971. године

The Bangalore principles of judicial conduct, United Nations Office on Drugs and Crime, 26 November, 2002

UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No.9: Article 10 Humane Treatment of Persons Deprived of their Liberty, 30 July 1982

UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 13: Article 14 Administration of justice, 13 April 1984

UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 21: Article 10 Humane treatment of persons deprived of their liberty, 10 April 1992

UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No.29: Article 4 Derogations during a State of Emergency, 31 August 2001

UN Human Rights Committee (HRC), CCPR, General Comment No.32: Article 14 Right to equality before courts and tribunals to a fair trial, 23 August 2007

UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 35: Article 9 Liberty and security of person, 16 December 2014

United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 1 July 1984

Statute of The International Court of Justice, 24 October 1945.

Универзална декларација о људским правима, 10. децембар 1948.

Савет Европе

CM/Rec(2000)19, On the role of public prosecution in the criminal justice system, 06 October 2000

CM/Rec(2001)10/19, Public on the European Code of Police Ethics, 19 September 2001

CM/Rec(2001)11, Guiding principles on the fight against organized crime, 19 September 2001

CM/Rec(2003)13 On the provision of information through the media in relation to criminal proceedings, 10 July 2003

CM/Rec(2006)13, On the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, 27 September 2006

CM/Rec(2008)11, of the Committee of Ministers to member states On the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures, 5 November 2008

CM/Rec(2008)170, The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, 21 November 2008

CM/Rec(2010)1, On the Council of Europe Probation Rules, 20 January 2010

CM/Rec(2012)5, On the European Code of Ethics for Prison Staff, 12 April 2012

CM, Declaration on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings, Committee of Ministers, 10 July 2003

CM, Guidelines on human rights and the fight against terrorism, 11 July 2002

European Charter on the statute for judges, 10 July 1998

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Закон о ратификацији Европске конвенције о људским правима „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр.9/2003 и 5/2005

The Consultative Council of European judges (CCJE) Opinion No.7(2005) *Justice and society*, 25 November 2005

The Consultative Council of European Judges (CCJE) Opinion No.12(2009) and The Consultative Council of European prosecutors (CCPE) Opinion No.4.(2009) *Bordeaux Declaration “Judges and prosecutors in a democratic society”*, 8 December 2009

The Consultative Council of European judges (CCJE) Opinion No.21(2018) *Preventing corruption among judges*, 9 November 2018

The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.2(2008), *Alternatives to prosecution*, 16 October 2008

The Consultative Council of European prosecutors (CCPE) Opinion No.8(2013) *Relations between prosecutors and the media*, 9 October 2013

The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.9(2014) *European norms and principles concerning prosecutors*, 17 December 2014

The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.10(2015) *Role of prosecutors in criminal investigations*, 20 November 2015

The Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) Opinion No.11(2016) *The quality and efficiency of the work of prosecutors, including when fighting terrorism and serious and organized crime*, 18 November 2016

Venice Commission, *European standards on the independence of the judiciary*, 3 October 2008

Venice Commission, *Rule of Law Checklist*, 12 March 2016

Кривични трибунали/суд

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis and Charter of the International Military Tribunal, 82 U.N.T.S. 280, 8 August 1945

Ažurirani statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, usvojen 25. maja 1993., sa izmenama do 07. jula 2009. godine

Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946

ICTY/ICTR Code of Professional Conduct for Counsel appearing before the Tribunal, adopted on 28 February 2012

Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, sa izmenama do 10. jula 2015. godine

Rome Statute of the International Criminal Court, 1 July 2002

Statute of the International Tribunal for Rwanda, 8 November 1994

Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002

SCSL Code of Professional Conduct for Counsel with the Right of Audience before to Special Court for Sierra Leone, 14 May 2005

Yearbook of the International Law Commission 1996, Volume 2, part 2, United Nations, New York and Geneva, 1998

Остали међународни документи

African Charter on Human and Peoples' Rights, 21 October 1986

American Declaration of the Rights and Duties of Man, 1948

American Convention on Human Rights, 22 November 1969

ASEAN Human Rights Declaration, 18 November 2012

Rule 100 ICRC – Fair Trial guarantees customary IHL

The African Commission on Human and Peoples' Rights, Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa, 2003

Европска унија

Action plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice, C019, 23 January 1999

Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C 364/01, 18 December 2000

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, C 326, 26/10/2012, 13 December 2007

Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, L280/1, 20 October 2010

Directive on the right to information in criminal proceedings, L142/1, 1 June 2012

Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings and the right to have a third party informed upon deprivation on liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, L294/1, 22 October 2013

Directive on the safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings, L132/1, 21 May 2016

Directive on certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, L65/1, 11 March 2016

Directive 2014/42/EU of the European parliament and of the Council of on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, L127/39, 3 April 2014

Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007/C 303/02, 14 December 2007

Green paper The Presumption of innocence, COM(2006) 174, 26 April 2006

Green paper from the Commission: Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings through the EU, COM (2003) 75 final

Impact Assessment Accompanying the document Proposal for measures on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal processing SWD(2013) 478 final

Protocol (No.8) relating to article 6(2) of the treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the protection of human rights and fundamental freedoms, C326/1, 26 October 2012

Programme of Measures to Implement the Principle of Mutual Recognition in criminal matters O.J.C – 021, 15 January 2001

Roadmap for strengthening procedural rights of suspected and accused persons in criminal proceedings, 2009/C 295/01, 30 November 2009

The Hague Programme, European Council Conclusions, 5 November 2004
The Tampere Conclusions, 16 October 1999
The Stockholm Programme - An open and secure Europe serving and protecting citizens, 2010/C 115/01, 2 December 2009

ИЗВОРИ ПРАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Устав СФРЈ из 1963. године „Сл. лист СФРЈ“, број 14, XIX
Устав СФРЈ из 1974. године „Сл. лист СФРЈ“, година, XXX
Устав СРЈ из 1992. године „Сл. лист СРЈ“, година I, број 1
Уставна повеља државне заједнице Србије и Црне Горе из 2003 године "Сл. лист Србије и Црне Горе“, бр.1/2003
Устав Републике Србије из 2006. године „Сл. гласник РС, бр. 98/2006)
Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр.9/2003, 5/2005
Законик о поступку судском и кривичним делима из 1920. године
Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929. године
Закон о кривичном поступку из 1948. године
Законик о кривичном поступку из 1953. године „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 40/77, 36/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89, 3/90 и „Сл.лист СРЈ“, бр.27/92, 24/94, 13/01
Законик о кривичном поступку из 2001. године „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 и 72/2009
Законик о кривичном поступку из 2006. године „Сл. гласник РС“, бр.46/06, 49/07 и 112/08
Законик о кривичном поступку из 2011. године „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019
Измене и допуне Кривичног законика "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009
Кривични законик „Сл. гласник РС“, бр.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019
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 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 47/201

Закон о спречавању насиља у породици „Сл. гласник РС“, бр.94/2016
Закон о јавном информисању "Сл. гласник РС", бр. 43/03, 61/05 и 71/09, 89/10
Закон о информисању и медијима, „Сл. гласник РС“ бр.83/2014
Закон о информисању и медијима „Сл.гласник РС“ 83/2014, 58/2015 и 12/2016
Закон о прекршајима Републике Србије „Службени гласник СР“, бр. 21/90, 11/92, 6/93, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97, 36/98, 44/98, 65/2001
Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „Сл. гласник РС“, бр.97/08
Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела „Сл. гласник РС“, бр. 32/2013, 94/2016, 35/2019
Закон о изменама и допунама Кривичног законика „Сл.гл. РС“, бр.35/19
Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима „Сл.гласник РС“ бр., 32/2013
Етички кодекс „Сл.гласник РС“, бр.96/2010
Правилник о поступку за утврђивање дисциплинске одговорности судија и председника судова „Сл.гласник РС“, бр.41/2015
Етички кодекс јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца „Сл.гласник РС“, бр.87/2013
Правилник о дисциплинском поступку и дисциплинској одговорности јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца „Сл.гласник РС“, бр.64/2012, 109/2013, 58/2014

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Извештаји

Amnesty International, *Response to the European Commission Green Paper on The Presumption of Innocence*, COM(2006) 174 final, June 2006
https://josemariasison.org/legalcases/related/AI_presumption_of_innocence_jun06.pdf

Amnesty International, The right to a fair trial, AI index
<https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/pol300012002en.pdf>

Amnesty International, Punished for being poor, unjustified, excessive and prolonged pre-trial detention in Madagascar
<https://www.amnesty.org/en/documents/afr35/8998/2018/en/>,

Amnesty International, USA Guantanamo, Impunity and Global Anti Torture Day, 25 June 2017
<https://www.amnesty.org/en/documents/amr51/6574/2017/en/>

- Amnesty International, Report 2005 Speech by Irene Khan at Foreign Press Association, POL 10/014/2005, 25.05.2005
<https://www.amnesty.org/download/Documents/88000/pol100142005en.pdf>
- Amnesty International, *Fair trials manual*, 1998
<https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/pol300021998en.pdf>
- Council of Europe, The ECHR in fact and figures 2018
https://echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2018_ENG.pdf
- EU Network of independent experts on fundamental rights, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union,
<https://sites.uclouvain.be/cridho/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf>
- European Commission for Democracy through Law, Venice Commission, Martin Loughlin (Expert, United Kingdom), *The Rule of Law in European Jurisprudence*, Strasbourg, Study 512/2009 CDL-DEM(2009)006*, 29 May 2009
[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM\(2009\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM(2009)006-e),
- Fair trials, Innocent until proven guilty? The presentation of suspects in criminal proceedings https://fairtrials.org/sites/default/files/publication_pdf/Fair-Trials-Innocent%20until-proven-guilty-The-presentation-of-suspects-in-criminal-proceedings_0.pdf
- Freedom House, Freedom in the World 2019.*
<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019>
- Human Rights Watch, Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees
<https://www.hrw.org/reports/2002/us911/USA0802.pdf>,
- Human Rights Watch, The Price of Freedom Bail and Pretrial Detention of Low Income Non felony Defendants in New York City,
https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1210webwcover_0.pdf
- India Report of the Malimath Committee on Reforms of the Criminal Justice System: Some observations
<https://www.refworld.org/pdfid/3f914cba4.pdf>
- Inter-American Commission on Human Rights, *Measures to Reduce Pre Trial Detention*, 3 July 2017
<http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/PretrialDetention.pdf>
- Inter-American Commission on Human Rights, Report on the Use of Pre Trial Detention in the America, 2013
www.oas.org/en/iachr/pdl/reports/pdfs/Report-PD-2013-en.pdf
- Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights* OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002
<http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm>
- Innocence Project, An End to Plea Bargains,
<https://www.innocenceproject.org/an-end-to-plea-bargains/>

- MDTF, Serbia Judicial Functional Review, Multi-Donor Trust Fund for Justice Sector Support in Serbia, October 2014
<http://www.mdftjss.org.rs/data/pub/sjfr/en/Serbia-Judicial-Functional-Review.pdf>
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Fact Sheet (OHCHR) *The International Bill of Human Rights*, No.2. (Rev.1.)
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>
- Open Society Foundations, Report of Open Society Justice Initiative Criminal Justice program, *Presumption of guilt. The Global overuse of Pretrial Detention*, New York, 2014
<https://www.justiceinitiative.org/publications/presumption-guilt-global-overuse-pretrial-detention>
- Open Society Foundations, The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report
<https://www.justiceinitiative.org/publications/socioeconomic-impact-pretrial-detention>
- OSCE, *Fair Trial Rights during States Conflicte and Emergency*, Expert Meeting Warsaw, Poland 27-28 October 2016 OSCE/ODIHR Meeting Report
<https://www.osce.org/odihr/317766?download=true>
- Rule of Law Index 2017-2018
<https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018>
- Transparency International, Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems
https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_report_2007_corruption_and_judicial_systems
- The Allan Turing Institute, Independent Digital Ethics, Ethics Advisory Report for West Midlands Police
https://www.turing.ac.uk/sites/default/files/201811/turing_idepp_ethics_advisory_report_to_wmp.pdf
- UN Department of Economic and Social Affairs, Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile, 5 January 1962
<https://lib.ugent.be/en/catalog/rug01:002032641>
- UN General Assembly (2005) A/59/2005 at 128,
www.mineaction.org/sites/default/files/documents/A%2059%202005

Одлуке

- Савезни уставни суд Републике Немачке одлука BverfGE 37, 271 (1974)
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2000/06/ls20000607_2bv1000197en.html

Савезни уставни суд Републике Немачке одлука BverfGE 73, 339 (1986)
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2000/06/Is20000607_2bvl000197en.html

U.S. Supreme Court, Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942)
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/>

Научни и стручни чланци

Ђорђевић Г., Постмодернизам у међународном кривичном праву. Текст објављен на сајту *Нови полис*
<http://www.novipolis.rs/sr/dosije/29725/postmodernizam-u-medjunarodnom-krivicnom-pravu.html>

Franssen V., “Melloni as a wake-up call - settings limits to higher national standards of fundamental rights protection”, *European Law Blog*, March 2014.
<http://europeanlawblog.eu/2014/03/10/melloni-as-a-wake-up-call-setting-limits-to-higher-national-standards-of-fundamental-rights-protection/>

Xanthopoulou E., “Radu judgment: A lost opportunity and a story of how the mutual trust obsession shelved human rights”, *KSLR EU Blog*, March 2013
<https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=416#.Wzd-GtIzbDc>

Bobek M., „Court of Justice of the European Union“, *College of Europe, Research paper in law* 02/2014, Brugge, 1.
https://www.coleurope.eu/system/files_force/.../reserchpaper_2_2014_bobek.pdf?df?

Švarc M., „Case-Law of the European Court of Justice in criminal matters“, *Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. Brno, Masaryk University, 2009
https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/mezin_soud/Svarc_Michael.pdf

Kuijer M., „The challenging relationship between the European Convention on Human Rights and the EU legal order: consequences of a delayed accession“, *The International Journal of Human Rights*, online 21 November 2018,
<https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1535433>

Новински чланци

Dijalog net online, „Inicijativa da se kršenje pretpostavke nevinosti propiše kao posebno krivično delo“, 03.01.2018.
<https://www.dijalog.net/inicijativa-da-se-krsenje-pretpostavke-nevinosti-propise-ka-osebno-krivicno-delo/>

Politika, Изјава државног секретара Слободана Хомена: „Србија разговара - Забрана коментарисања судских поступака“, 27.12.2009. године.
<http://www.politika.rs/sr/clanak/117433/%D0%A1%D1%80%D0%B1%D0%B8%D1%98%D0%B0>

- Fortune online*, „A.I. Bias Isn't the Problem. Our Society Is“, 14.04.2019.
<http://fortune.com/2019/04/14/ai-artificial-intelligence-bias/>
- Rolling stone*, „Rose McGowan tells media at 'me too' roundtable: stop using the word 'alleged'“, 20.12.2017.
<https://www.rollingstone.com/culture/culture-news/rose-mcgowan-tells-media-at-me-too-roundtable-stop-using-the-word-alleged-202142/>
- The Age*, „Hudson Saul, Rice to ease Europe's Fears on CIA jails“, 30.11.2005
<https://www.theage.com.au/world/rice-to-ease-europes-fears-on-cia-jails-20051130-ge1c87.html>
- The Economist online*, „Caught in the net“, 23.01.2003.
<http://www.economist.com/node/1534249>
- The New York Times online*, „40 Current Detainees“,
<https://www.nytimes.com/interactive/projects/guantanamo/detainees/current>
- The New York Times online*, „U.S. must act first to battle terror, Bush tells cadets“, 02.06.2002.
<https://www.nytimes.com/2002/06/02/world/us-must-act-first-to-battle-terror-bush-tells-cadets.html>
- New Scientist online*, „Exclusive: UK police wants AI to stop violent crime before it happens“, 26.11.2018
<https://www.newscientist.com/article/2186512-exclusive-uk-police-wants-ai-to-stop-violent-crime-before-it-happens/amp/>
- The Washington Examiner*, „Updating the cliché that it's better to let '10 guilty men go free““, 16.06.2015
<https://www.washingtonexaminer.com/updating-the-cliche-that-its-better-to-let-10-guilty-men-go-free>
- World Socialist*, „The #MeToo campaign versus the presumption of innocence“, 05.10.2018.
<https://www.wsws.org/en/articles/2018/10/05/inno-o05.html>

СУДСКА ПРАКСА И ПРАКСА ТЕЛА
 ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА

Комитет за људска права УН

- Cagas, Butin and Astillero v Philippines*, CCPR, 788/97, 31 January 2002
- Gridin v Russian Federation*, CCPR, 770/97, 18 July 2000
- Kh.B. v Kyrgyzstan*, CCPR, 2163/2012, 05 September 2017
- Moraël v France*, CCPR, 207/86, 28 July 1989
- Owen v France*, CCPR, 1620/07, 27 April 2011
- Pavel Selyum v Belarus*, CCPR, 2289/2013, 09 December 2015

Saidova v Tajikistan, CCPR, 964/01, 20 August 2004

Интер-амерички суд за људска права

Norin Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Indigenous Mapuche People) v Chile, IAmCtHR, Ser.C, No.279, 29 May 2014

Raul Rolando Romero Feris v Argentina, IAmCtHR, Ser.C, No.12.984, 5 July 2017

Ruano Torres et al. v El Salvador, IAmCtHR, Ser.C No.303, 5 October 2015

Suárez Rosero v Ecuador, IAmCtHR, Ser.C, No.35, 20 January 1999

Афричка комисија за људска права

Annette Pagnouille (on behalf of Abdoulaye Mazou) v Cameroon, AfrComHR, 39/90, 24 April 1997

Media Rights Agenda & Others v Nigeria, AfrComHR, 224/98, 6 November 2000

Malawi African Association and Others v Mauritania, AfrComHR, Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98, 11 May 2000

Међународни кривични трибунал за бившу Југославију

The Prosecutor v Vidoje Blagojević and Dragan Jokić, ICTY, Case No.: IT-02-60-A, 9 May 2007

The Prosecutor v Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (aka "Pavo"), Hazim Delić and Esad Landžo (aka "Zenga"), Čelebići Case, ICTY, IT-96-21-A, 20 February 2001,

The Prosecutor v Ante Gotovina, Ivan Cermak, Mladen Markac, ICTY, IT/06-90-PT, Defendant Ante Gotovina's Notice of Withdrawal of Motion, 31 January 2008

The Prosecutor v Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač, ICTY, IT-06-90-T, Public Judgment Volume II, 15 April 2011

The Prosecutor v Galic, ICTY, IT/98-29-A, Judgment, 30 November 2006

The Prosecutor v Sefer Halilović, ICTY, IT-01-48-A, Judgment, 16 October 2007

The Prosecutor v Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, ICTY, IT-04-84-T, Public Decision on Idriz Balaj's request for evidentiary hearing regarding interview of Carla del Ponte, 29 January 2008

The Prosecutor v Kordić and Čerkez, ICTY, IT-95-14-a, App.Ch, Judgment, 17 December 2004,

The Prosecutor v Kvočka et al, ICTY, IT-98-30/1-A, App.Ch, Judgment, 28 February 2005

The Prosecutor v Dragoljub Kunarac Radomir Kovač and Zoran Vuković, ICTY, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001

The Prosecutor v Limaj et al, ICTY, IT-03-66-A, Judgment, Partially Dissenting and Separate Opinion and Declaration of Judge Schomburg, 27 September 2007

The Prosecutor v Slobodan Milošević, ICTY, IT-02-54-AR73.4, 31 October 2003, Separate Opinion of judge Shahabuddeen appended to appeals Chamber decision dated 30 September 2003

The Prosecutor v Vojislav Šešelj, ICTY, IT-03-67-T, 31 March 2016

The Prosecutor v Dusko Tadic, ICTY, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999,

The Prosecutor v Mitar Vasiljević, ICTY, IT-98-32-T, Judgment, 29 November 2002

Међународни кривични суд за Руанду

The Prosecutor v Kayishema and Ruzindana, ICTR, No.95-1-A, Judgment, 1 June 2001

Међународни кривични суд

The Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, ICC, No.ICC-01/11-01/11, 12 June 2012

The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, No.ICC-02/05-01/09, 03 September 2010

The Prosecutor v Francis Kirimimuthaura, Uhuru Muigaikenyatta and Mohammed Hussein Ali, ICC, Nos.ICC-01/09-02/11, ICC-01/09-02/11, ICC-01/09-02/11, 5 May 2011

The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC, No.ICC-01/04-01/07, 13 September 2011

The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, ICC, No.ICC-01/04-01/06, 12 May 2010

The Prosecutor v Callixte Mbarushimana, ICC, No.ICC-01/04-01/10, 31 January 2011

Суд правде ЕУ

Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson, ECJ, C-617/10, 26 February 2013

Al-Jubail Fertilizer Co and Saudi Arabian Fertilizer Co v Council, ECJ, C-49/88, 04 November 1987

Bonda, ECJ, C-489/10, Req. for preliminary ruling, 5 June 2012

Commission of the European Communities v Hellenic Republic, ECJ, C-68/88, 21 September 1989

Commission v SGL Carbon, ECJ, C-301/04, 29 June 2006

Ciprian Vasile Radu, ECJ, C-396/11, 29 January 2013

Emil Milev, ECJ, C-439/16 request for preliminary ruling, 27 October 2016

Franchet and Byk v Commission, ECJ, T391/03, 06 July 2006
Giovanardi et al, ECJ, Case C-79/11, 12 July 2012
Giovanni dell'Orto, ECJ, C-467/05, 28 June 2007
Gözütok and Brüggge, ECJ, C-187/01, 11 February 2003
Gueye et Salmeron Sanchez, ECJ, C-483/09 and C-1/10, 15 September 2011
Hoechst AG v Commission, ECJ, Joined Cases 46/87 and 227/88, 21 September 1989
Hüls v Commission, ECJ, C-199/92, 08 July 1999
Katz, ECJ, C-404/07, 9 October 2008
Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission of the European Union, ECJ, Joint Cases C-402/05 P C-415/05 P, 3 September 2008
Kadi v Commission, ECJ, T-85/09, 30 September 2010
Kraaijenbrink, ECJ, C-367/05, 18 July 2007
Mannesmannröhren – Werke v Commission, ECJ, Case T-112/98 20 February 2001
Michelin v Commission, ECJ, Case 322/81, 9 November 1983
Miraglia, ECJ, C-469/03, 10 March 2005
Montecatini SpA v the Commission, ECJ, C-235/92 P, 08 July 1999
Melloni, ECJ, C-399/11, request for preliminary ruling, 05 April 2013
Pupino, ECJ, C-105/03, request for preliminary ruling, 16 June 2005
Orkem v Commission, ECJ, C-374/87, 18 October 1989
Omer Nazli and Others v Stadt Nurnburg, ECJ, C-340/97, 10 February 2000
Rubach, ECJ, C-344/08, request for preliminary ruling, 16 July 2009
Yves Franchet and Daniel Byk v Commission, ECJ, T-48/05, 8 July 2008
Van Esbroeck, ECJ, C-436/04, 9 March 2006
Van Straaten, ECJ, C-150/05, 28 September 2006

**Европски суд за људска права и Европска Комисија
за људска права**

Aannemersbedrijf Gebroeders van Leeuwen B. v Netherlands, ECtHR, Appl.no32602/96, 25 January 2000
Adamkiewicz v Poland, ECtHR, Appl.no.54729/00, 2 March 2010
Adali v Turkey, ECtHR, Appl.no.38187/97, 31 March 2005
A. and others v the United Kingdom, ECtHR, Appl.no.3455/05, 19 February 2009
Agee v Uited Kingdom, ECtHR, Appl.no.7729/76, 17 December 1976

Ageyevy v Russia, ECtHR, Appl.no.7075/10, 18 April 2013
AG v Malta, EComHR, Appl.no.16641/90, 10 December 1991
Airey v Ireland, ECtHR, Appl.no.6289/73, 9 October 1979
Allenet de Ribemont v France, ECtHR, Appl.no.15175/89, 10 February 1995
Albert and LeCompte v Belgium, ECtHR, Appl.no.7299/75; 7496/76, 10 February 1983
Al-Khawaja and Tahery v the United Kingdom, ECtHR, Appl.nos.26766/05, 22228/06
Allen v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.25424/09, 12 July 2013
Aleksandr Zaichenko v Russia, ECtHR, Appl.no.39660/02, 18 February 2010
A.L. v Germany, ECtHR, Appl.no.72758/01, 28 April 2005
Anderson v The United Kingdom, EComHR, Appl.no.44958/98, 1 September 1993
Antoine v United Kingdom, ECtHR, Appl.no.62960/00, 13 May 2003
AP, MP, TP v Switzerland, ECtHR, Appl.nos.71/1996/690/882, 29 August 1997
Asan Rushiti v Austria, Appl.no.28389/95, 21 March 2000
Axel Springer AG v. Germany, ECtHR, Appl.no.39954/08, 7 February 2012
Aydin v Turkey, ECtHR, Appl.no.41954/98, 14 September 2000.

Barberá, Messegué and Jabardo v Spain, ECtHR, Appl.no.10590/83, 6 December 1988
Bauras v Lithuania, ECtHR, Appl.no.56795/13, 31 October 2017
Bates v The United Kingdom, EComHR, Appl.no.26280/95, 16 January 1996
Bertin-Mourot v France, ECtHR, Appl.no.36343/97, 2 August 2000
Beckles v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.44652/98, 8 January 2003
Bikas v Germany, ECtHR, Appl.no.76607/13, 25 January 2018
Bladet Tromsø and Stensaas v Norway, ECtHR, Appl.no. 21980/93, 20 May 1999
Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Tickaret Anonim Sirketi v Ireland, ECtHR,
 Appl.no.45036/98, 30 June 2005
Böhmer v Germany, ECtHR, Appl.no.37568/97, 3 October 2002
Borgeres v Belgium, ECtHR, Appl.no.12005/86, 30 October 1991
Butkevicius v Lithuania, ECtHR, Appl.no.48297/99, 26 March 2002
Buzadji v Republic of Moldova, ECtHR, Appl.no.23755/07, 5 July 2016
Buscemi v Italy, ECtHR, Appl.no. 29569/95, 16 September 1999

Capeau v Belgium, ECtHR, Appl.no.42914/98, 13 January 2005
Chauvy and Others v France, ECtHR, Appl.no. 64915/01, 29 June 2004

Chrysostomos, Papachrysostomou and Loizidou v Turkey, EComHR, Appl.nos.15299/89, 15300/89, 4 March 1991

Ciulla v Italy, ECtHR, Appl.no.11152/84, 22 February 1989

Clooth v Belgium, ECtHR, Appl.no.12718/87, 27 November 1991

Condron and Condron v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.35718/97, 2 August 2000

Coëme and others v Belgium, ECtHR, Appl.nos.32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22 June 2000

Craxi c Italie, ECtHR, Req. no 34896/97, 5 décembre 2002

Cubber v Belgium, ECtHR, Appl.no.9186/80, 26 October 1984

Daktaras v Lithuania, ECtHR, Appl.no. 42095/98, 17 January 2001

Delcourt v Belgium, Appl.no.2689/65, 17 January 1970

De Wilde, Ooms, Versyp v Belgium, ECtHR, Appl.nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18 June 1971

Deweer v Belgium, ECtHR, Appl.no.6903/75, 27 February 1980

Diamantides v Greece, ECtHR, Appl.no.60821/00, 23 October 2003

Doorson v The Netherlands, ECtHR, Appl.no.20524/92, 26 March 1996

Du Roy and Malaurie v. France, ECtHR, Appl.no.34000/96, 3 October 2000

Dupuis v France, ECtHR, Appl.no.1914/02, 12 November 2007

Eckle v Germany, ECtHR, Appl.no.8130/78, 15 July 1982

Edwards v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.13071/87, 16 December 1992

Elci and Others v Turkey, ECtHR, Appl.nos.23145/93 and 25091/94, 13 November 2003

El Kaada v Germany, ECtHR, Appl.no.2130/10, 12 November 2015

Engel and others v.Netherlands, ECtHR, Appl.no.5100/71, 8 June 1976

Enukidze and Girgvliani v Georgia, ECtHR, Appl.no.25091/07, 26 April 2011

Englert v Germany, ECtHR, Appl.no.10282/83, 25 August 1987

Erdagöz v Turkey, ECtHR, App.nos.127/1996/945/746, 22 October 1997

Erdem v Germany, ECtHR, Appl.no.38321/97, 5 July 2001

Erik Ninn-Hansen v Denmark, ECtHR, Appl.no.28972/95, 18 May 1999

Farhi v France, ECtHR, Appl.no.17070/05, 16 January 2007

Fatullayev v Azerbaijan, ECtHR, Appl.no.40984/07, 22 April 2010

Fernandes Pedroso v Portugal, ECtHR, App.no.59133/11, 12 June 2018
Findlay v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.22107/93, 25 February 1997
Fisher v Austria, ECtHR, Appl.no.27569/02, 06 May 2003
Fox, Campbell and Hartley v The United Kingdom, ECtHR, App.nos.12244/86, 12245/86, 12383/86, 30 August 1990
Frasik v Poland, ECtHR, Appl.no.22933/02, 5 January 2010
Funke v France, ECtHR, Appl.no.10828/84, 25 February 1993

Gäfgen v Germany, ECtHR, Appl.no.22978/05, 1 June 2010
G.C.P. v Romania, ECtHR, Appl.no.20899/03, 20 December 2011
Golder v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.4451/70, 21 February 1975
Goodwin v the United Kingdom, ECtHR, Appl.no.17488/90, 27 March 1996
Gogitidze and others v Georgia, ECtHR, App.no.36862/05, 12 May 2015
Grande Stevens and Others v Italy, ECtHR, Appl.nos.18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 March 2014
Gutfreund v France, ECtHR, Appl.no.45681/99, 12 July 2003
Guðmundur Andri Ástráðsson v Iceland, Appl.no.26374/18, 12 March 2019
Gustav Adolf v Austria, EComHR, Appl.no.8269/78, 8 October 1980
Geerings v The Netherlands, ECtHR, App.no.30810/03, 01 June 2007

H v The United Kingdom, EComHR, Appl.no.15023/89, 4 April 1990
Hajnal v Serbia, ECtHR, App.no.36937/06, 19 June 2012
Handyside v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.5493/72, 7 December 1976
Hardy v Ireland, EComHR, Appl.no.23456/94, 29 June 1994
Hauschildt v Denmark, ECtHR, Appl.no.10486/83, 24 May 1989
Heaney and McGuinness v Ireland, ECtHR, Appl.no.34720/97, 21 December 2000
Holm v Sweden, ECtHR, Appl.no.14191/88, 25 November 1993
Hornsby v Greece, ECtHR, Appl.no.18357/91, 19 March 1997
Houswitschka v Germany, ECtHR, Appl.no.12380/86, 5 October 1988
Hozee v the Netherlands, ECtHR, Appl.no.81/1997/865/1076, 22 May 1998
Huseynov v Azerbaijan, ECtHR, Appl.no.3899/08, 18 January 2018
Hutchison Reid v United Kingdom, ECtHR, Appl.no.50272/99, 20 February 2003

IA v France, ECtHR, Appl.no.1/1998/904/1116, 23 September 1998

Ibrahim and others v The United Kingdom, Appl.nos.50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13 September 2016

IJL and others v The United Kingdom, ECtHR, Appl.nos.29522/95, 30056/96 and 30574/96, 19 September 2000

Ismailov and others v Russia, ECtHR, Appl.no.33947/05, 26 November 2009

Ireland v United Kingdom, ECtHR, Appl.no.5310/71, 18 January 1978

Jablonski v Poland, ECtHR, Appl.no.33492/96, 21 December 2000

Jalloh v Germany, ECtHR, Appl.no.54810/00, 11 July 2006

Janosevic v Sweden, ECtHR, Appl.no.36419/97, 21 May 2003

Jaspers v Belgium, EComHR, 8403/78, 14 December 1981

J.B. v Switzerland, ECtHR, Appl.no.31827/96, 3 May 2001

Jiga v Romania, ECtHR, Req.no. 14352/04, 16 March 2010

Jorgic v. Germany, ECtHR, Appl.no.74613/01, 12 July 2007

John Murray v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.18731/91, 8 February 1996

J.P., K.R. and G.H. v Austria, EComHR, Appl.nos.15135/89,15136/89,15137/89, 5 September 1989

Karaman v Germany, ECtHR, Appl.no.17103/10, 27 February 2014

Kavaklıoğlu and others v. Turkey, ECtHR, Appl.no.15397/02, 6 October 2015

Kjeldsen and others v Denmark, ECtHR, Appl.no.5095/71; 5920/72; 5926/72, 7 December 1976

Kemal Coskun v Turkey, ECtHR, Appl.no.45028/07, 28 March 2017

Kemmache v France, ECtHR, Appl.no.12325/86 and 14992/89, 27 November 1991

K.-H. W. v Germany, ECtHR, Appl.no.37201/97, 22 March 2001

Konstas v Greece, ECtHR, Appl.no.53466/07, 24 May 2011

König v Germany, ECtHR, Appl.no.6232/73, 10 March 1980

Kopf v Federal Republic of Germany, EComHR, Appl.no.14733/89, 8 December 1988

Kostovski v Netherlands, Appl.no.11454/85, 29 March 1990

Kouzmin v Russie, ECtHR, Req.no.58939/00, 18 mars 2010

Kyprianou v Cyprus, ECtHR, Appl.no.73797/01, 15 December 2005

Labita v Italy, ECtHR, Appl.no.26772/95, 6 April 2000

Ladent v Poland, App.no.11036/03, 18 March 2008

Lagardere v France, ECtHR, Appl.no.18851/07, 12 July 2012

Lähteenmäki v Estonia, ECtHR, Appl.no.53172/10, 21 June 2016
Lamanna c Autriche, ECtHR, Appl.no.28923/95, 10 juillet 2001
Lavents v Latvia, ECtHR, Appl.no.58442/00, 28 November 2002
Lawless v Ireland, ECtHR, Appl.no.332/57, 1 July 1961
Lingens and Leitgeb v Austria, EComHR, Appl.no.8803/79, 11 December 1981
Luedicke, Belkacem and Koc v Germany, ECtHR, Appl.nos.6210/73; 6877/75; 7132/75,
28 November 1978
Lutz v Germany, ECtHR, Appl.no.9912/82, 25 August 1987

Magee v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.28135/95, 6 June 2000,
Matijašević v Serbia, ECtHR, Appl.no. 23037/04, 19 September 2006
Martins and Garcia Alves v Portugal, ECtHR, Appl.no.37528/97, 16 November 2000
Marckx v Belgium, ECtHR, Appl.no.6833/74, 13 June 1979
Matveyev v Russia, ECtHR, Appl.no.26601/02, 3 July 2008
McCann and others v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.18984/91, 27 September
1995
McKay v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.543/03, 3 October 2006
Medvedyev and others v France, Appl.no.3394/03, 29 March 2010
Mehmet Hasan Altan v Turkey, ECtHR, Appl.no.13237/17, 20 March 2018
Minelli v Switzerland, ECtHR, Appl.no.8660/79, 25 March 1983
Morel v France, ECtHR, Appl.no.34130/96, 6 June 2000
Moreira de Azevedo v Portugal, ECtHR, Appl.no.11296/84, 28 August 1991
Mugoša v Montenegro, ECtHR, Appl.no.76522/12 , 21 June 2016
Mustafa Kamal Mustafa v the United Kingdom, ECtHR, Appl.no.31411/07, 18 January
2011

Natsvlishvili and Togonidze v Georgia, ECtHR, Appl.no.9043/05, 29 April 2014
Nestak v Slovakia, ECtHR, Appl.no.6555/01, 27 February 2007
Neumeister v Austria, ECtHR, Appl.no.1936/63, 27 June 1968
Nielsen v Denmark, EComHR, Appl.no.343/57, 6 July 1959
Nölkenbockhoff v Germany, ECtHR, Appl.no.10300/83, 25 August 1987
Nortier v Netherlands, ECtHR, Appl.no.13924/88, 24 August 1993

O'Halloran and Francis v The United Kingdom, ECtHR,
Appl.nos.15809/02 and 25624/02, 29 June 2007

Olujic v Croatia, ECtHR, Appl.no.22330/05, 5 February 2009
Ostendorf v Germany, ECtHR, Appl.no.15598/08, 7 March 2013
Osman v The United Kingdom, ECtHR, Appl.nos.87/1997/871/1083, 28 October 1998

Padovani v Italy, ECtHR, Appl.no.13396/87, 26 February 1993
Pakelli v Germany, ECtHR, Appl.no.8398/78, 25 April 1983
Pandy c Belgique, ECtHR, Req.no.13583/02, 21 September 2006
Paraponiaris c Greece, ECtHR, Req.no.42132/06, 06 April 2009
Peers v Greece, ECtHR, Appl.no.28524/95, 19 April 2001
Penafiel Salgado v Spain, ECtHR, Appl.no. 65964/01, 16 April 2002
Petur Thor Sigurdsson v Iceland, ECtHR, Appl.no.39731/98, 10 April 2003
Petyo Petkov v Bulgaria, ECtHR, Appl.no.32130/03, 7 January 2010
Petra Krause v Switzerland, EComHR, App.no.7986/77, 3 October 1978
Pfeifer v Austria, ECtHR, Appl.no.12556/03, 15 November 2007
Pfeifer and Plankl v Austria, ECtHR, Appl.no.10802/84, 25 February 1992
Philips v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.41087/98, 5 July 2001
Pham Hoang v France, ECtHR, Appl.no.13191/87, 25 September 1992
Piersack v Belgium, ECtHR, Appl.no.8692/79, 1 October 1982
Posokhov v Russia, ECtHR, Appl.no.63486/00, 4 March 2003
Prager and Oberschlick v Austria, ECtHR, Appl.no.15974/90, 26 April 1995

Raimondo v Italy, ECtHR, Appl.no.12954/87, 22 February 1994
Reeves v Norway, ECtHR, Appl.no.4248/02, 8 July 2004
Ringvold v Norway, ECtHR, Appl.no.34964/97, 11 February 2003
Ruokanen and others v Finland, ECtHR, Appl.no.45130/06, 6 April 2010
Rushiti c Autriche, ECtHR, Appl.no 28389/95, 21 mars 2000,

S., V. and A. v Denmark, App.nos.35553/12, 36678/12, 36711/12, 22 October 2018
Saidova v Russia, ECtHR, Appl.no.51432/09, 9 December 2013
Salabiaku v France, ECtHR, Appl.no.10519/83, 7 October 1988
Salduz v Turkey, ECtHR, Appl.no.36391/02 2009
Salman v Turkey, ECtHR, Appl.no.21986/93, 27 July 2000
Samoila et Cionca c Roumanie, ECtHR, Req.no.33065/03, 4 mars 2008
Saunders v the United Kingdom, ECtHR, Appl.no.19187/91, 17 December 1996

Schenk v Switzerland, ECtHR, Appl.no.10862/84, 12 July 1988
Sekanina v Austria, ECtHR, Appl.no.13126/87, 25 August 1993
Sergey Zolotukhin v Russia, ECtHR, Appl.no.14939/03, 10 February 2009
Sidabras and Džiautas v Lithuania, Appl.nos.55480/00 and 59330/00, 27 July 2004
Siliadin v France, ECtHR, Appl.no.73316/01, 26 July 2005
Silva Rocha v Portugal, ECtHR, Appl.no.181.65/91, 26 October 1996
Soering v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.14038/88, 7 July 1989
Sporrong and Lönnroth v Sweden, Appl.no.7151/75; 7152/75, 23 September 1982
Stafford v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.46295/99, 28 May 2002
Sunday Times v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.6538/74, 26 April 1979
Sutter v Switzerland, ECtHR, Appl.no.8209/78, 22 February 1984
Svinarenko and Slyadnev v Russia, ECtHR, App.nos.32541/08, 43441/08, 17 July 2014

Tanribilir c Turquie, ECtHR, Req.no.21422/93, 16 novembre 2000
Telfner v Austria, ECtHR, Appl.no.33501/96, 20 March 2001
Tendam c Espagne, ECtHR, Req.no.25720/05, 13 October 2010
Teixeira de Castro v Portugal, ECtHR, Appl.nos. 44/1997/828/1034, 9 June 1998
Thomann v Switzerland, ECtHR, Appl.no.17602/91, 10 June 1996
Thoma v Luxembourg, ECtHR, Appl.no.38432/97, 29 March 2001
Thorgeir Thorgeirson v Iceland, ECtHR, Appl.no.13778/88, 25 June 1992
Tolstoy Miloslavsky v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.18139/91, 13 July 1995
Tourancheau et July c France, ECtHR, Req.no.53886/00, 24 novembre 2005
Turyev v Russia, ECtHR, Appl.no.20758/04, 11 October 2016
Tyrer v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.5856/72, 25 April 1978

Urazov v Russia, ECtHR, Appl.no.42147/05, 14 June 2016

V v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.24724/94, 16 December 1999
Van Droogenbroeck v Belgium, ECtHR, Appl.no.7906/77, 25 April 1983
Vlieeland Boddy and Marcelo Lanni v Spain, ECtHR, Appl.no.53465/11, 9634/12, 16 February 2016
Van Mechelen v Netherlands, ECtHR, Appl. nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23 April 1997
Vanjak v Croatia, ECtHR, Appl.no.29889/04, 14 January 2010

Vassilios Stavropoulos c Grece, Req.no.35522/04, 27 septembre 2007

Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v Sweden, ECtHR, Appl.no.36985/97, 21 May 2003

Vilborg Irsa Sigurðardóttir v Iceland, ECtHR, Appl.no.32451/96, 30 May 2000

Viorel Burzo c Roumanie, ECtHR, Req.nos.75109 et 12639/02, 30 juin 2009

Welch v The United Kingdom, ECtHR, Appl.no.17440/90, 09 February 1995

Wemhoff v Federal Republic of Germany, Appl.no.2122/64, 27 June 1968

Wettstein v Switzerland, ECtHR, Appl.no.33958/96, 21 December 2000

Worm v Austria, ECtHR, Appl.no.83/1996/702/894, 29 August 1997

X v The United Kingdom, EComHR, Appl.no.5124/71, 19 July 1972

Y.B. et autres c. Turquie, Req.nos 48173/99 et 48319/99, 28 Octobre 2004

Yoh-Ekale Mwanje v Belgium, ECtHR, Appl.no.10486/10, 20 December 2011

Young, James and Webster, ECtHR, Appl.no. 7601/76; 7806/77, 13 August 1978

Биографија

Кандидат Светлана Ненадић је рођена 11. новембра 1977. године у Сарајеву. Основну школу и гимназију завршила је у Београду.

Правни факултет Универзитета у Београду је уписала школске 1996/97 године, на ком је дипломирала 21. октобра 2002. године, са просечном оценом 9,00. На Правном факултету Универзитета у Београду, школске 2010/11 године, уписала је мастер студије из међународно правне научне области, које је завршила 2. јула 2012. године одбраном мастер рада под називом „Повреда људских права у кривичном поступку – пракса Европског суда за људска права“, код ментора проф. др Миленка Креће.

Школске 2012/13. године, на Правном факултету Универзитета у Београду, уписала је докторске студије из међународно правне научне области. У досадашњем току докторских студија, на првој и другој години положила је: Методе научно-истраживачког рада, први (Међународно јавно право, Право европских интеграција и Међународно право људских права) и други (Кривично процесно право и Међународно правосуђе) усмени део докторског испита, те успешно одбранила семинарски рад под називом „Европски стандарди и стандарди ЕУ у области правосуђа – извори и механизми заштите“.

Након завршених основних студија, у Првом општинском јавном тужилаштву у Београду радила је као волонтер, тужилачки приправник и тужилачки помоћник. Положила је правосудни испит у Београду 1. јуна 2005. године.

У децембру 2009. године изабрана је за заменика јавног тужиоца у Првом основном јавном тужилаштву у Београду, коју функцију и данас обавља. Дана 12. фебруара 2016. године изабрана је за члана Државног већа тужилаца, на којој функцији се налази од 06. априла 2016. године.

Члан је председништва Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.

Говори енглески језик, а служи се немачким језиком.

Објавила је више стручних и научних радова, као коаутор и аутор.

Коаутор:

- Бејатовић С. *et.al.*, *Примена начела опортунитета у пракси, изазови и препоруке*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.
- Бејатовић С. *et.al.*, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и Мисија ОЕБС, Београд, 2013.
- Ђурђић В. *et.al.*, *Јавно тужилаштво и полиција. Изазови тужилачке истраге*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2017.
- Илић Г. *et.al.*, *Положај јавног тужилаштва у Републици Србији и упоредно правна анализа*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2007.
- Илић Г. *et.al.*, *Јавнотужилачки приручник*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2008.
- Јосимовић С. *et.al.*, *Поступање у случајевима насиља у породици и побољшање положаја жртве у кривичном поступку – искуства из праксе*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2016.
- Лазич Р., Ненадић С., „Јавно тужилаштво пред изазовима Закона о спречавању насиља у породици“ у: Бејатовић С. (ур.), *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2017., 491-503.
- Матић Бошковић М. *et.al.*, *Социјално економска права жена у Србији*, Правосудна академија, Београд, 2012.
- Матић Бошковић М., Ненадић С., „Интегритет судија и тужилаца“, *Правни живот*, Београд, 2017, број 10, том II, стр.5-18.
- Матић Бошковић М., Ненадић С., „Европски стандарди у области правосуђа“, *Страни правни живот*, 1/2018, 39-57.

- Петрушић Н. *et.al.*, *Примена антидискриминационог законодавства и кривичноправна заштита*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.

Аутор:

- Ненадић С., „Насиље у породици“, у: Шкулић М. (ур.), *Насиље у породици*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009., стр. 95-105.
- Ненадић С., „Начело *ne bis in idem* у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и примена начела у пракси Европског суда за људска права“, *Ревија за криминологију и кривично право*, 2014, vol.52, бр.2., стр. 141-166.
- Ненадић С., „*Pre-crime* концепт Закона о спречавању насиља у породици – обавезе државе и ризици по повреду људских права“, *Страни правни живот*, 2017, број 1, стр. 155-167.
- Ненадић С., „Државно веће тужилаца, правна природа и начела поступања“, у: Шкулић М. *et.al.*, *Државно веће тужилаца у светлу најављених измена Устава*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, 2016., стр. 31-44.

Прилог 1

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Име и презиме: Светлана Ненадић
Број индекса: ДС 23/2012

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

Претпоставка невиности као људско право са посебним освртом на праксу европског суда за људска права

- 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 и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

У Београду, _____

Потпис аутора

Прилог 2

ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ
И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА

Име и презиме аутора Светлана Ненадић

Број индекса: ДС 23/2012

Студијски програм: међународноправна научна област

Наслов рада: Претпоставка невиности као људско право са посебним освртом на праксу европског суда за људска права

Ментори: проф.др Бранко Ракић, Правни факултет Универзитета у Београду и 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.

У Београду, _____

Потпис аутора

Прилог 3

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Претпоставка невиности као људско право са посебним освртом на праксу европског суда за људска права

која је моје ауторско дело.

Дисертацију, са свим прилозима, предала 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).

У Београду, _____

Потпис аутора

1. Ауторство - Дозвољавате 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. Дозвољавате 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 прераде. Дозвољавате 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. Дозвољавате 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 прераде. Дозвољавате 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. Дозвољавате 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.