

ПРИМЕНА КОНВЕНЦИЈСКОГ ПРАВА У ОДНОСУ НА НАЦИОНАЛНО КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО

Апстракт: Међународно право о људским правима, као заштитна је свега појединца у међународном праву је имала мултилатерални карактер и представљала универзални модел заштите права. Овај мултилатерални и универзални начин примене права био је пре свега изражен кроз систем Уједињених нација. Међународни пакт о грађанским и политичким правима своју универзалност је показао у систему ратификације. Регионални модели заштите људских права су се показали као деловорнији. Европска конвенција о људским правима и основним слободама од 04.10.1950. године, и протоколима уз њу који садржи корис заштите грађанских и политичких права. Ова заштитна може бити ефикасна и стварна кроз органе, најпре комисија а потом Европски суд за људска права који кроз своју праксу представља у њеном квалитету деловорност обраћања суду и заштити од неправичности суђења пред националним судовима. Практика Европског суда за људска права у Стразбуру је постала саставни део позитивне права.

Кључне речи: Међународно кривично право, Конвенцијско право, злостављање, тортура, Јуриспруденција и Национално кривично процесно право.

1. УВОД

Да ли је постојала дилема у смислу терминологије, кривично међународно или међународно кривично право. Кривично међународно право у својој суштини бави се проучавањем кривичног дела унутрашњег правног поретка са елементом иностраности и међународно кривично право је своје

* Адвокат и бивши судија Уставног суда Републике Србије. Adv.tomislavs@gmail.com.

темеље развоја остварила после Нинберга и Токија, а то је пре свега резултат повреде међународног правног поретка и међународног јавног права.¹

Кривично међународно право, узимајући у обзир свој корен и основ у унутрашњем поретку и припада националном праву. Међународно кривично право је део међународног јавног права и за циљ има заштиту међународних интереса а понекад и применом правила са над државним обележајима. Према дефиниције коју даје Glaser међународно кривично право представља скуп правних правила признатих у међународним односима која за циљ имају заштиту међународног друштвеног поретка кажњавањем аката које му наносе повреде, односно скуп правила установљених ради спречавања повреда правила међународног јавног права. Међународно кривично право представља скуп правних правила о кажњавању међународних кривичних дела која представљају повреду међународног кривичног права.²

Међународно кривично право може се на посебан начин одредити као систем перемпторних норми општег међународног права (*ius cogens*), који за предмет имају кривичну одговорност за инкриминисане радње или пропуштања што би у својој суштини представљало материјално кривично право.³

Разумљиво да материјално кривично право не може функционисати и примењивати се без међународно процесног права које представља систем правила међународног права која уређују међународне поступке и суђење лицима која се терете за инкриминисане радње и пропуштања.

Међународно кривично процесно право садржи у својој бити пре свега она правила која су садржана у Римском статуту и правилима о поступку и доказима, који представљају изворе права за поступак пред међународним кривичним судом, па применом тих правила ствара се судска пракса која може представљати облик међународног правосуђа.⁴

У односу на претходно, слично је становиште да међународно кривично право представља скуп међународних правила која прописују која су то међународна кривична дела и следствено томе намеће обавезу државама да гоне и кажњавају. Он уређује и међународне поступке за гоњење и суђење лицима која се терете за вршење тих кривичних дела. Први део ових правила представља материјално право. Овим правилима се утвђује која дела представљају међународна кривична дела, субјективне елементе бића забрањених дела, могуће околности под којима лица окривљена за те злочине могу бити ослобођена кривичне одговорности, као и то под којим условима државе могу или су обавезне сагласно међународним правилима, гонити

1 M. Rigaux, „Sur la route du droit penal europeen“, *Revue de droit penal et de criminologie*, 7/1973, 647; J. Constant, *Traite elementaire de droit penal*, T. I, Paris, 1965, 78 *et bis*; R. Merle, A. Vitu: *Triate de droit criminel*, Paris 1967, 192; С. Миленковић, „О називу међународног кривичног права“, *Међународно кривично љправо–зборник радова*, Београд, 2006, 137.

2 S. Glaser, *Introduction a letude de droit international penal*, Bruxelles-Paris, 1954, 7.

3 М. Крећа, *Међународно јавно љправо*, Београд, 2006, 642.

4 М. Шкулић, *Међународни кривични суд*, Београд, 2005, 299.

и изводити пред судове лица окривљена за та дела. Са друге стране, правила која уређују међународне поступке, то значи процесно кривично право регулише начине поступања органа власти које учествују у гоњењу, то такође подразумева поједине фазе међународног суђења.⁵

Међународно кривично право као део међународног јавног права се односи пре свега на међународну кривичну одговорност појединца. Управо из ових разлога, оно је нераскидиво везано са међународним људским правима и међународним хуманитарним правом. Из наведених разлога разумљиво је повезаност међународног јавног права са једне стране и на другој страни, пре свега заштита појединца у односу на међународно право људских права и међународним хуманитарним правом. Из ове повезаности ова три елемената, управо представља карактеристику која се односи на међународна кривична дела.⁶

Питање и правила одговорности која се односе на кршење међународно кривичног права, представља одговорност државе и појединца. Држава као субјект међународног права за кршење норми међународних људских права и међународно хуманитарног права одговара по правилима међународне грађанске одговорности држава а појединац који је у међувремену постао субјект заштите међународног права одговара по правилима за међународну кривичну одговорност.

Горе поменута веза међународног кривичног права, материјалног и процесног је нераскидиво везана за национално кривично право. Ова синергија је неопходна, а као доказ те повезаности представља Статут сталног кривичног суда да национално право држава које имају јурисдикцију над злочином представља формалне изворе права које суд примењује. У примени међународног права, конкретном случају међународног кривичног права, као дела међународног јавног права, желим указати на одредбе Устава Републике Србије.

У рубруму међународни односи, члан 16, став 1 Устава Републике Србије одређује да спољна политика Републике Србије почива на опште признатим принципима и правилима међународног права. У ставу 2 опште прихваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом.

Тумачећи налог уставотворца он се пре свега темељи на међународним уговорима и општој формулацији општа правила међународног права. Могло би се закључити да је примат дат међународном јавном праву. Међутим, по мојем становишту овде се поставља питање које можда уставотворац свесно или несвесно одредио да потврђени међународни уговори морају бити у складу са уставом. Да ли то значи да се уставност међународних уговора предпоставља. Ако је то била интенција уставотворца онда је једино могуће објашњење у односу на примену и тумачење међународних уговора

5 А. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, Београдски центар за људска права, превод, Београд, 2005, 17.

6 *Ibid.*, 6–7.

јесте одлука Уставног суда која би евентуално оценила уставност потврђених међународних уговора у односу на уставну норму. Управо ово питање представља камен темељац за примену међународних уговора у домаћој јуриспруденцији, као и јуриспруденцији међународних судова.

За потребе овога реферата, одлучио сам се за примену конвенцијског права која се тиче управо оног дела заштите људских права у националном кривичном праву у односу на међународно кривично право. Из наведених разлога бавићу се питањем примене члана 3 Европске конвенције за заштиту људских права.

2. РЕЛЕВАНТНО ПРАВО

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода,
Рим, 4. новембар 1950. године.

Члан 3

Забрана мучења

Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.

Злостављање представља вид повреде људских права и унижавање људског достојанства. Када се ово каже, мисли се пре свега на поступање полицијских органа државе које се испољава склоност односно намеру да сломе вољу људи који им се супротстављају или одбија сарадњу тиме што ће им наносити тешко подносиве физичке и психичке болове. Ово се пре свега односи на истражни поступак, без обзира да ли је то у полицијском или судском домену. Наношење бола и понижавање је забрањено по међународном праву.⁷

У међународно уговорном праву прихваћени су различити облици злостављања. Међународни пакт о грађанским и политичким правима у члану 7. прописује да се нико не сме подврнути мучењу или окрутном, нечовечном или понижавајућем поступку или казни. Нико се не сме без своје слободне воље подрвнути лекарским или научним експериментима.

Забрана тортуре, нехуманог и понижавајућег поступања се не може ограничити националним правом или међународним нормама, такође се заштита овог права не може ограничити позивом на постојање посебних околности као што је то предвиђено у члану 15 ЕКЉП.

Члан 15

Одступање у ванредним околностима

1. У доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, свака Висока страна уговорница може да предузме мере које одступају од њених обавеза по овој Конвенцији, и то у најнужнијој мери коју изискује хитност ситуације, с тим да такве мере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву.

⁷ В. Димитријевић, *Међународно право људских права*, Београд, 2006, 155.

2. Претходна одредба не допушта одступања од члана 2, осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима, или члана 3, 4. (став 1.) и 7.

3. Свака Висока страна уговорница која користи своје право да одступи од одредби Конвенције обавештава у потпуности генералног секретара Савета Европе о мерама које предузима и разложима за њих. Она такође обавештава генералног секретара Савета Европе када такве мере престану да делују и када одредбе Конвенције поново почну да се примењују у потпуности.

Обичајно међународно право које се примењује на све државе, укључујући и оне које нису ратификовале релевантне уговоре о људским правима или уговоре међународно хуманитарног права, сматра забрану мучења безусловном нормом – *ius cogens*. То значи да изузеци или изузимања из ове забране нису дозвољене ни под којим околностима, чак и у стању рата, међународне политичке нестабилности или ванредног стања. Уз ове правне аргументе, постоји чврста морална и етичка основа за одбијање, односно неприхватање сваког чина мучења.

Језичким тумачењем норме члана 3 ЕКЉП, се односи на заштиту физичког и психичког интегритета појединца. Оно у својој бити обухвата три права: забрану тортуре, забрану нечовечног третмана и кажњавања, као и забрану понижавајућег третмана и кажњавања.⁸

Права која су заштићена чланом 3 Конвенције непосредно се односе на човеков лични идентитет и људско достојанство. Из тих разлога су слобода и мучења, нечовечног или понижавајућег поступања која имају изузетно озбиљну правну природу. Када се говори о стандардима на основу којих се утврђује да ли је нека држава уговорница повредила неко од наведених права, она су у суштини субјективне природе. На основу ових фактора Комисија и Суд су одредбе члана 3. определиле су термин мучења у јуриспруденцији Суда у међудржавном спору Ирска против Уједињеног краљевства из 1978. године. Република Ирска, која је била страна уговорница Конвенције пред Судом је иницирала међудржавни спор против Уједињеног краљевства. У својој апликацији пред судом је истакла чињеницу да је Британска власт примењивала испитивање лица лишених слободе различитим техникама, која се у полицијској пракси називала дезорјентацијом. Лица која су била испитивана пред полицијским органима си сатима приморавана да стоје уза сид уз који су ослоњени рукама док су им ноге биле удаљене од зида, тако да је њихов физички став био само на прстима. При томе су на главу стављене платнене кесе, које би носили све време, осим када се приступило испитивању. Поред овога лица су испитивана у просторијама у којима је била стално присутна велика бука и у тим условима, лица су била потпуно лишена сна. Храну нису могли добити, осим у најмањој могућној мери. Ово већ напоменута комбинована техника добила је назив „Пет техника“.⁹

8 А. Јакшић, *Евројска конвенција о људским љправима*, Београд, 2006, 17.

9 *Ireland v. United Kingdom*, Judgments and Decisions A 25, 1978.

Поред наведеног, Суд је подсетио да се члан 3. Конвенције мора сматрати једном од најосновнијих одредби конвенције и као основне вредности унете у законе демократских друштава која чине Савет Европе (видети *Pretty њројтив Уједињеној Краљевствва*, број 2346/02, став 49, ЕСЉП 2002-3). Супротно другим одредбама Конвенције, он је обликован у апсолутном смислу, без изузетка или привремености, или могућности укидања према члану 15. Конвенције.¹⁰

Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, Одобрена и предложена за потпис, ратификацију и приступање Резолуцијом Генералне скупштине 39/46 од 10. децембра 1984. године, ступила на снагу 26. јуни 1987, у складу са чланом 27.

ПРВИ ДЕО

Члан 1.

1. У смислу ове конвенције, израз “тортура” означава сваки акт којим се једном лицу намерно наносе бол или тешке физичке или менталне патње у циљу добијања од њега или неког трећег лица обавештења или признања или његовог кажњавања за дело које је то или неко треће лице извршило или за чије извршење је осумњичено, застрашивања тог лица или вршења притиска на њега или застрашивања или вршења притиска на неко треће лице или из било којег другог разлога заснованог на било ком облику дискриминације ако тај бол или те патње наноси службено лице или било које друго лице које делује у службеном својству или на његов подстицај или са његовим изричитим или прећутним пристанком. Тај израз се не односи на бол или патње које су резултат искључиво законитих санкција, неодвојивих од тих санкција или које те санкције проузрокују.

2. Овај члан је без штете по било који међународни инструмент или било који национални закон који садржи или може садржавати одредбе ширег значаја.

Члан 15.

Свака држава чланица се стара да изјава за коју се докаже да је добијена тортуром не може да буде наведена као доказни елемент у неком поступку, осим против лица оптуженог за тортуру да би се утврдило да је изјава дата.

3. ЈУРИСПРУДЕНЦИЈА

На основу двоје дугогодишње праксе ЕСЉП је закључио да прихватање изјава и признања као доказа, који су добијени мучењем, а у циљу утврђивања битних чињеница у кривичном поступку, чини сам поступак као целину неправичним. Овај закључак има своју примену без обзира на

¹⁰ *Chahal њројтив Уједињеној Краљевствва*, пресуда од 15.11.1996. године, став 79.

доказну вредност изјава и признања, независно да ли је њихово коришћење од одлучујећег и пресудног значаја за доношење осуђујуће пресуде против оптужених лица (види: *Levința împoiv Молдавије*, од 16.12.2008. године). Другачије правно резонување и закључивање би водило озакоњивању одређене врсте морално осуђујућег поступка, која је у супротности чланом 3. ЕКЉП, што би у природи значило легализацију бруталности, нехуманог поступања и тортуре. Прихватам становиште да се правичност кривичног суђења, као и делотворне заштите у циљу апсолутне забране из члана 3. имала утицаја на исход поступка против оптуженог, односно на његову осуду о кривици и казни.

У предмету *Gäfgen* против Немачке, апликант је истакао да је прихватање материјалних доказа који су добијени кршењем члана 3. довело до неправичности поступка што је супротно члану 6. када су ти докази били прихваћени од стране националног суда, апликант је био у потпуности лишен да се брани. Поред овога био је лишен заштите коју пружа принцип који забрањује инкриминисање самог себе. Он је указао да докази који су пронађени и добијени тако што га је полиција директно присилила да назначи тачно место где се одиграо догађај. Био је присиљен да хода без ципела до места где је сакрио тело оштећеног. Чињеница да је његово указивање где се налази тело и његово откривање тела забележено на видео траци показује да догађаји нису били везани за спашавање детета него проналажење доказа да буде осуђен.¹¹

Поред овога, апликант је истакао да су спорни материјални докази били одлучујући, а не споредни, да би се осигурала осуђујућа пресуда. То указује да у доказном поступку полиција није могла доћи до других доказа него на начин на који је дошла.

Суд је закључио да прихватањем изјаве као доказа, које су добијене мучењем да би се установиле правно релевантне чињенице у кривичном поступку, чини поступак као целину неправичним, овакав закључак има своје место примене независно од доказне вредности изјава и не мање важно, независно од тога да ли је њихово коришћење одлучујуће у осигурању пресуде против апликанта.

У односу на коришћење материјалних доказа на суђењу су добијени у лошим поступањима у члану 3. Суд је сматрао да се не сме позивати на инкриминирајуће материјалне елементе који су добијени насиљем нарочито ако се то може квалификовати као мучење, да би се доказала кривица жртве, независно од њихове доказне вредности. Свако другачије закључивање представљало би индиректно озакоњивањем одређене врсте морално осуђујућег поступка, који представља сам смисао члана 3.

У јуриспруденцији Суда која се тичу доказа прибављеним повредама апсолутно заштићеног права из члана 3. ЕКЉП, нема устаљене праксе која би указала да би свака таква повреда у циљу прибављања доказа представљала доказ неприхватљивим и неупотребљивим за одлуку националног

11 *Gäfgen împoiv Немачке*, пресуда од 11.07.2006. године, став 82, 117 до 123.

суда. Овде се прави посебан изузетак који се тиче исказа неке особе, која може бити сам окривљени или нпр. сведок да је тај доказ прибављен радом, поступањем или нека друга мера која по свом интензитету представља мучење, а то на крају представља забрану из члана 3. Конвенције јер је Суд становишта да мучење представља *iurisgentium*, што сам поступак пред правосудним органима државе у суштини чини нелегитимно.¹²

4. НЕПОВРЕДИВОСТ ФИЗИЧКОГ И ПСИХИЧКОГ ИНТЕГРИТЕТА

Одлука донета у предмету *Loizidou*¹³ којом је ЕСЉП истакао да ЕКЉП представља „установни инструмент европског јавног поретка“, отворила је пут доктринарним расправама о постојању императивних правних правила (*ius cogens*).¹⁴ Реч је о скупу одредаба које се сматрају основним у Европском демократском друштву и као такве се намећу државама и њиховим грађанима. Због тога се говори о неприкосновеним¹⁵ или недодиривим правима¹⁶ која чине „тврдо језгро“ људских права. Сагледано у светлу члана 15 став 2 ЕКЉП, „тврдо језгро“ обухвата: право на живот (члан 2. ЕКЉП), забрану мучења (члан 3. ЕКЉП), забрану робства и принудног рада (члан 4. ЕКЉП),¹⁷ кажњавање само на основу закона (члан 7. ЕКЉП) и право да се не буде двапут суђен или кажњен у истој ствари (члан 4, Протокола 7).¹⁸

Положај оштећеног у кривичном поступку може се посматрати кроз призму Европског јавног поретка.¹⁹ Реч је о концепту који садржински обухвата одредбе које имају темељни значај у Европском демократском друштву, па су обавезујуће како за државе, тако и за њихове грађане. Њихов

12 *Matankulom I Askarov ipoyiив Турске*, пресуда од 2005. године, став 70.

13 *Loizidou ipoyiив Турске*, 23.03.1995, параграф 70, 75.

14 J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, *Droit pénal européen, 3e édition*, Dalloz, Paris, 2009, 280–281; F. Surde, *Droit international et europeen des droits de l'home*, Presses Universitaires de France, Paris 2001, 60–61.

15 В. Димитријевић, *op. cit.*, 128.

16 J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, *op. cit.*, 279.

17 Иако одредба члана 15, став 2 ЕКЉП упућује на члан 4, став 1 ЕКЉП који забрањује држање у ропству или ропском положају, Европски суд за људска права, узимајући у обзир савремене норме и кретања у тој материји, везује позитивну обавезу државе и за забрану принудног рада о којем говори члан 4, став 2 ЕКЉП (ЕСЉП, *Siliadin ipoyiив Француске* 26.06.2005. године, параграф 112, 130).

18 J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, *op. cit.*, 279. У оквиру категорије недерогабилних права, могуће је разликовати апсолутно и релативно недерогабилна конвенцијска права. Видети D. Крапас, „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2010, 1215.

19 О положају оштећеног у светлу стандарда људских права видети, Г. П. Илић, „Оштећени и стандарди људских права у кривичном поступку“, *Анали љравној факултету у Београду*, LX 2/2012, 135–161.

домашај је у односу на оштећеног ограниченог карактера, јер се односе само на лица чији је физички или психички интегритет повређен или угрожен одређеним кривичним делима. Реч је о делима којима се повређује право на живот (члан 2 ЕКЉП), забрана мучења (члан 3. ЕКЉП) и забрана ропства и принудног рада (члан 4 ЕКЉП). Издавањем ове категорије кривичних дела створен је Европски темељ права која се изворно везују за жртве наведених дела, на основу чега се у теорији говори о јавном поретку у Европском кривичном праву (*l'ordre public en droit penal europeen*).²⁰

Кључну улогу у обликовању овог концепта има ЕСЉП који, динамичким тумачењем Конвенције, намеће одговарајуће обавезе државама чланицама Савета Европе. Реч је пре свега о обавези државе да доношењем одговарајућих прописа створи услове за несметано вршење права гарантованих Конвенцијом.²¹ Уживање основних слобода и људских права подразумева уједно негативну обавезу државе да се суздржи од задирања у људска права, а нарочито у она која су обухваћена појмом „тврдог језгра“. Међутим, за делотворно остварење људских права је неопходно да држава предузме и позитивне мере у том правцу, што се, након одлуке у предмету *Airey* против Ирске,²² означава као концепт њене позитивне обавезе. Овај приступ се нарочито користи у односу на права која су обухваћена појмом јавног поретка у Европском кривичном праву. Реч је, дакле, о правима која у први план стављају оштеченог, тако да се у стразбуршкој пракси увећава број материјалних и процесних обавеза у његову корист, при чему их Суд тумачи као имплицитне гаранције садржане у одредбама Конвенције.²³

Поред члана 25 Устава, и одредба члана 23, став 1, Устава прописује да је људско достојанство неприкосновено, те установљава дужност свих да га поштују и штите. Када је реч о лцима лишеним слободе, у члану 28, Устава је одређено да се према лицу лишеном слободе мора поступати човечно и с уважавањем достојанства његове личности, и забрањено је свако насиље према лицу лишеном слободе и изнуђивање исказа. С тим у вези, може се поставити питање односа између члана 25 и 28 Устава, тачније, да ли одредба члана 28 Устава који се примењује само на лица лишена слободе, у довољној мери штити физички и психички интегритет тих лица, остварује и применом члана 25 Устава? До сада се УС није бавио овим питањем, већ је у пракси одредба члана 25 Устава посматрана као свеобухватно јемство неповредивости физичког и психичког интегритета. Ако се остави по страни ова недоумица, очигледно је да из саме дефиниције члана 25 Устава, уосталом

20 M. L. Lanthiez, *La clarification des fondements européens des droits des victimes, La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit”, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, 154.

21 У стразбуршкој пракси (ЕСЉП *Šilih protiv Slovenije*, 09.04.2009. године, параграф 193) се истиче да је реч о обавези резултата (*l'obligation de resultat*) а не о обавези средстава (*l'obligation de moyens*).

22 *Airey protiv Ирске*, 09.10.1979. године, параграф 25.

23 M.L. Lanthiez, *op. cit.*, 155.

и као и члана 3 ЕКЉП, јасно произлази да је реч о апсолутном праву, чије се ограничење не може оправдати никаквим објективним или пак субјективним околностима.

У пракси Европског суда за заштиту људских права донето је више пресуда против Републике Србије у вези с повредом члана 3 ЕКЉП (*Милановић њрошив Србије*, 14.12.2010. године; *Сћанимировић њрошив Србије* 18.10.2011. године; *Најнал њрошив Србије*, 19.06.2012. године; *Лакатош и дрући њрошив Србије*, 07.01.2014. године; *Навити и дрући њрошив Србије* 03.06.2014. године.) ЕСЉП је у наведеним одлукама, сагласно својој устаљеној пракси, изразио став да до повреде члана 3 ЕКЉП може доћи како у материјалном, тако и у процесном смислу. Позитивна обавеза државе је да заштити све појединце у оквиру своје надлежности – од мучења и нехуманог поступања, па макар оно долазило и од приватних лица (примера ради, случај *Милановић њрошив Србије*) При томе, постојање наведене обавезе не сме бити муачено тако да државни чланици Савета Европе буде наметнут несразмеран терет.²⁴ У осталим наведеним случајевима је повреда члана 3 ЕКЉП „произашла“ из злостављања или других нечовечних поступања од стране државних органа и неспровођења независне, хитне и делотворне истраге у циљу расветљења свих околности, под којима је дошло до повреде права.

У наведеним пресудама ЕСЉП је заузео становиште да се забрана тортуре мора сматрати једном од фундаменталних одредаба Конвенције, а то значи да се мора примењивати апсолутно и без изузетака. Да би постојала повреда у смислу члана 3 ЕКЉП, неопходно је постојање минималног нивоа озбиљности повреда, што зависи од свих околности конкретног случаја. Наиме, став ЕСЉП је да држава мора да обезбеди разумно објашњење, па у складу са тим, када се утврди да је код лица лишеног слободе дошло до повређивања, терет доказивања на држави. У тим ситуацијама је довољно да буде испуњен стандард „ван разумне сумње“ да би се утврдила повреда члана 3 ЕКЉП, а то значи да докази могу да произилазе из скупа индиција и неоспорених, довољно озбиљних, јасних и усаглашених претпоставки.

На трагу изложених ставова ЕСЉП, УС је усвојио уставну жалбу М. Ј. и утврдио да је током трајања истраге казне затвора у Казнено-поправном заводу Пожаревац – Забела, као и током трајања притвора у Окружном затвору у Београду, подносиоцу уставне жалбе повређено право на неповредивост физичког и психичког интегритета личности зајамчено чланом 25 Устава.²⁵

У уставној жалби је подносилац истакао повреде права на неповредивост физичког и психичког интегритета, затим права на човечно поступање са лицима лишеним слободе, права на судску заштиту људских и мањинских

24 У случају *Милановић њрошив Србије* подносилац представке је као припадник једње рањиве религиозне мањине (Наре Кристина) системски нападан, непосредно пре или после верских празника и ништа није урађено да се такви напади спрече, нити су у том циљу предузимане разумне и делотворне мере у спровођењу истраге од стране Српских власти.

25 УС, УЖ-4100/2011, 10.07.2013. године.

права и слобода и права на правно средство из чл. 25, 28, 22, и 36 став 2 Устава. У уставној жалби је навео да је у више наврата за време здржавања у полицијској станици, затим током трајања притвора и за време издржавања казне затвора злостављан, односно како каже мучен, да је на сваки прописани начин покушао да обезбеди правни механизам да пред органима Републике Србије буде утврђена повреда права на неповредивост физичког и психичког интегритета, као и да буду идентификована, процесуирана и кажњена сва одговорна лица, која су била умешана у овај случај. При томе је набројао све институције, којима се обраћао у циљу заштите својих права.

Након што је утврдио чињенице и околности које се односе на три периода 1-здржавање у полицијској станици; 2-период притвора; 3-период издржавања казне затвора, УС је одбацио уставну жалбу као недопуштену *ratione temporis*, јер се наводно злостављање десило пре ступања на снагу Устава, када је реч здржавања у полицијској станици.

Када је реч о периоду проведеном у притвору, УС је размотрио да ли је уставна жалба допуштена *ratione temporis* у погледу материјалног и процесног аспекта повреде уставног права, као и да ли је подносилац уставне жалбе пре обраћања УС имао на располагању правна средства и да ли је та правна средства исцрпео.

У односу на период од 24.07.2005. године, до 08.11.2006. године, УС није разматрао уставну жалбу у односу на материјални аспект, а узео у обзир период након ступања на снагу Устава. Када је реч о процесном аспекту, УС је заузео став да се мора узети у обзир целокупно трајање притвора, како пре, тако и након ступања на снагу Устава, јер је подносилац од самог почетка трајања притвора указивао на злостављање од стране лица задужених за обезбеђење у притвору, па се ови наводи могу третирати као трајна радња. Када је пак реч о исцрпљености правних средстава, као и предпоставци за подношење уставне жалбе, УС је заузео становиште да су процедуре, предвиђене Законом о кривичном поступку (даље: ЗКП/2001)²⁶ (општи надзор над притвореницима који врши председник суда, редовни недељни обилазак притвореника од стране председника суда или судије кога он овласти, и обилазак притвореника „свако доба“ од стране председника суда или истражног судије, којом приликом могу примати притужбе од притвореника), а поводом притужби притвореника о наводном злостављању неефикасна и недолотворна, а у смислу исцрпљивања правног пута пре изјављивања уставне жалбе. Ово првенствено због тога што ЗКП/2001 не прописује обавезу судије и надлежног министарства да у форми писаног акта одговоре притворенику, који се притужује, тако да то не представља правно средство у смислу члана 170 Устава. Осим тога, подносилац се тринаест пута обраћао управнику Окружног затвора, директору за издржавање заводских санкција и министру правде, па чак и када би се екстензивним тумачењем одредаба

26 Законик о кривичном поступку (Сл. лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Сл. јласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010)

Закона о извршењу кривичних санкција (даље ЗИКС)²⁷ које се примењују на осуђена лица, овај пут односио и на притворена лица, ова обраћања наведеним институцијама нису била делотворна, јер по њима није поступано.

У односу на период истраживања казне затвора, УС је заузео став да поводом притужби осуђених лица, о наводном злостављању, постоје два правна пута. Наиме, могу поступати управни органи, у првом степену управних завода, а у другом степену директор управе за извршење кривичних санкција, сходно одредбама чл 114, 114а, 165 и 166 ЗИКС, као и Управни суд по одредбама Закона о општем управном поступку,²⁸ али такође и заштитник грађана, по одредбама Закона о заштитнику грађана.²⁹ С обзиром да се подносилац уставне жалбе определио за правни пут преко заштитника грађана, иако овај правни пут, за разлику од поступка пред управним органом за извршење заводских санкција, а потом и пред Управним судом, не обезбеђује потпуну правну заштиту, УС је имао у виду став ЕСЉП да у ситуацији када постоји више правних средстава, које жртва кршења људских права може да искористи, на њему је да одлучи које ће средство искористити. Када искористи такво правно средство, од њега се не може захтевати да покуша и са другим правним средством које је имао на располагању. С обзиром да је у конкретном случају од стране заштитника грађана утврђено да је у Казнено-поправном заводу Забела подносиоцу уставне жалбе повређено право на физички и психички интегритет, као и право на здравствену заштиту, УС суд је закључио да се, код одсуства резултата од подношења притужби директору управе за извршење кривичних санкција, није могло очекивати, нити тражити да поред изјављивања притужбе заштитнику грађана, а пре обраћања УС, покуша да заштиту од злостављања оствари и другим правним средствима.

Имајући све ово у виду, као и околности самог случаја, а налазећи да када је реч о злостављању, као последици догађаја, који су у потпуности или претежно у оквирима „заштићених сазнања“ надлежних државних органа, као што је случај са лицима која се налазе у притвору или затвору, може се појавити јака претпоставка постојања чињенице о питању настанка повред до којих је дошло током трајања притвора или на издржавању казне затвора, а које су повреде константоване од стране затворских лекара. У тим случајевима, терет доказивања, порет тога што пада на терет подносиоца уставне жалбе, једним делом пада и на терет надлежних државних органа, који морају пружати о обезбедити „задовољавајуће и убедљиво објашњење“ за настанак таквих повреда.

Када је реч о повреди материјалног аспекта права из члана 25 Устава, став УС је да, иако је подносилац уставне жалбе током трајања притвора својим понашањем „испровоцирао“ употребу принуде, активни и пасивни

27 Закон о извршењу кривичних санкција (Службени гласник РС бр. 85/05, 72/09 и 31/11).

28 Закон о општем управном поступку (Службени гласник СРЈ бр. 33/97 и 31/01 и Службени гласник РС бр. 30/10).

29 Закон о заштитнику грађана (Службени гласник РС бр. 79/05 и 54/07).

отпор који је том приликом пружао не може оправдати бројност и тежину нанетих повреда. Због тога је такво поступање морало узроковати физичку и психичку патњу која је неспојива са забраном злостављања гарантованом члана 25 Устава. Сличан став је изражен и након анализе околности конкрет-ног случаја у току издржавања казне. На основу „скупа индиција и неспорних, довољно озбиљних, јасних и усаглашених претпоставки“ УС је „ван разумне сумње“ закључио да је подносилац уставне жалбе задобио стварне и озбиљне телесне повреде коју су морале код њега изазвати физичку и психичку патњу и бол, при чему управник установе у којој је издржавана казна није пружио „задовољавајуће и убедљиво“ објашњење за настанак таквих повреда. У оба случаја, сав УС је био даје поступање према подносиоцу уставне жалбе било нечовечно. Наиме, пошавши од разлике у интензитету нанетог бола и патње између два облика злостављања – мучења и нечовечног или понижавајућег поступања, ценећи све околности конкретног случаја, као и чињенице о одсуству намере да се подносиоцу нанесу физичке и душевне патње и бол високог интензитета са одређеним циљем, УС је утврдио да је према подно-сиоцу уставне жалбе поступано нечовечно, како у периоду који је провео у притвору, тако и за време издржавања казне затвора.

На овом месту, сматрам неопходним да се укаже на оцену суда у примени члана 3. Конвенције у предмету (*Најнал љројив Србије*, пресуда од 19.07.2012. године). У наведеном предмету, суд је утврдио да је поступање „нечовечно“ зато што је, између осталог, било смишљено, трајало сатима, проузруковало или стварну телесну повреду или душевну патњу. Поступање се сматра понижавајућем ако је такво да код жртава ствара осећај страха, патње или понижености, који може да их понизи, унизи или сломи њихов физички и морални отпор (*Wieser љројив Аустљрије*, пресуда од 22.02.2007. године, став 36.). Стална душевна узнемиреност проузрукована претњом сталног физич-ког насиља и наслућивањем истог, сматра се да превазилази праг члана 3.

У односу на лица лишена слободе, свако прибегавање физичкој сили која није стриктно неопходна због његовог понашања, смањује људско достојанство и представља повреду права утврђеног чланом 3 Конвенције. Притворене особе су рањиве и власти су одговорне за поступање са њима. Када је једно лице доведено у полицијски притвор у добром здравственом стању, па се утврди да после ослобађања има повреде, на држави је да утврди разлоге тих повреда, а пропуст да то уради недвосмислено доводи до повреде члана 3. Конвенције (видети *Selmouni љројив Француске*, ЕКЙП 1999-5, став 87).

У конкретном случају суд је ценио околност да је подносилац представке 17.08.2005. године, одбио да да изјаву полицији, а само дан касније, 18.08.2005. године, он је наводно сам, добровољно одлучио да призна бројне предмете провалне крађе. За суд је ово била сумњива околност са именовањем бра-ниоца, подносиоца представке 18.08.2005. године, као и питања подносиоца представке да разуме записник о свом испитивању. Суд је такође приметио да не постоје службене белешке о томе када је подносилац представке дове-ден у полицијску станицу, 17. или 18. августа 2005. године. Уместо тога, постојале

су само индикације у вези са трајањем његовог испитивања у ова два дана. Из тих разлога није била искључена могућност да је подносилац провео у полицијском притвору између 10 и 12 часова.

Узимајући у обзир напред наведене чињенице и околности, Суд је закључио да је подносилац представке физички злостављан 17.08.2005. године, и да је у најмању руку његово признање од 18.08.2005. године, изнуђено, пошто су догађаји у ова два дана неодојиво међусобно повезани. При овоме, суд константује да је Општински суд 22.03.2006. године, закључио да су поновљена хапшења подносиоца представке, представљала узнемиравање од стране полиције ради прибављања признања. Из ових разлога, суд сматра да је дошло до повреде члана 3 Конвенције по основу нечовечно и нехуманог поступања које је подносилац представке претрпео. Узимајући у обзир да је суд утврдио материјалну повреду члана 3, указује се да се подносилац представке заиста жалио да га је полиција злостављала. Ово се поткрепљује чињеницом да се подносилац жалио пред истражним судијом и замеником јавног тужиоца, као и пред судећим и жалбеним већем, упркос конвенцији и домаћем праву који захтевају да се навод ове врсте истражи по службеној дужности, надлежни органи нису поднели никакву истрагу са циљем да се идентификују и казне одговорни. Са изнетог очигледно је да наведени стандарди нису испуњени и из тих разлога је дошло до повреде члана 3. Конвенције.³⁰

Поред овога истичемо да је суд закључио да без обзира на утицај подносиоцевог признања на исход политичког поступка, његова употреба учинила је суђењем неправично у целини. Суд даље примећује да су подносиочева хапшења од стране полиције, у рано ујутру, која су се понављала, чињеница да није било покушаја да се он позове, услови у којима је чекао испитивање; довели до истог закључка. То значи да је дошло и до повреде члана 6. став 1. Конвенције.

У предмету *Гуцанов њрођив Бујарске*, указујемо на полицијску операцију хапшења политичара, која је према становишту суда била супротна члану 3. члану 5, став 3 и 5, и члановима 6, 8 и 13. Конвенције. За потребе овог реферата бавићу се само повредом члана 3. Подносиоци представке су Гуцанов, локални политичар, његова супруга и његове две малолетне ћерке. Власти су Гуцанова осумњичили за умешаност у деловање криминалне групе оптужене за злоупотребу власти и проневеру јавних фондова. У раним јутарњим сатима, специјални тим у коме су били наоружани и маскирани полицајци. Гуцанов није одговорио на наредбу да отвори врата, те су полицајци насилно упали, претресли кућу и понели разне ствари као докази. Осумњичени је ухапшен и под пратњом изведен из стана у поподневним сатима, а све су то снимали новинари и телевизијске екипе. Истога дана је одржана конференција за штампу током које је тужилац саопштио разлоге за притварање и оптужбе које му се стављају на терет.

30 *Најнал њрођив Србије*, пресуда од 19.07.2012. године. ставови 91, 96 до 99.

Суд је стао на становиште да је полицијска операција имала легитимни циљ извршења хапшења, претреса и установљено је да је предузета у општем интересу истраге кривичних дела. Суд је сматрао да приликом планирања извршења полицијске операције, није било узето у обзир више чинилаца, као што је природа кривичног дела које се подносиоцу ставља на терет, да он никада раније није починио никакво насиље, као ни не мања битна чињеница да су се у стану налазила његова супруга и деца. Све ово указује да је коришћење специјалних, наоружаних и маскираних агената и примена метода, као што је долазак у кућу у раниј јутарњим сатима, била прекомерна, а не строго неопходна мера како би се осумњичени лишио слободе и како би се прикупили докази. Четворо подносилаца представке, као породица били су изложени психолошким мукама које су њима изазвале осећај страха узнемирености и беспомоћности, што се квалификује као повреда члана 3, за које је Европски суд сматра да је овде био прекршен.³¹

ЛИТЕРАТУРА

- Glaser S., *Introduction a letude de droit international penal*, Bruxelles-Paris, 1954.
- Димитријевић В., *Међународно љраво људских љрава*, Београд 2006.
- Илић Г. П., „Оштећени и стандарди људских права у кривичном поступку“, *Анали љравној факултетеја у Беољрагу* LX 2/2012.
- Јакшић А., *Евројска конвенција о људским љравима*, Београд 2006.
- Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, Београдски центар за људска права, превод, Београд, 2005.
- Constant J., *Traite elementaire de droit penal*, T.I, Paris, 1965.
- Крапас D., „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2010, 1215.
- Крећа М., *Међународно јавно љраво*, 2012. Београд.
- Lanthiez M. L., *La clarification des fondements européens des droits des victimes, La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit“, Presses Universitaires de France, Paris, 2008.
- Merle R., Vitu A., *Triate de droit criminel*, Paris, 1967.
- Миленковић С., „О називу међународног кривичног права“, *Међународно кривично љраво-зборник радова*, 2006.
- Pradel J., Corstens G., Vermulen G., *Droit pénal européen, 3e édition*, Dalloz, Paris, 2009.
- Rigaux M., *Sur la route du droitpenal europeen, Revue de droitpenal et de criminologie*, 1973.
- Surde F., *Droit international et europeen des droits de l'home*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд*, 2005. Београд.

31 Представка број 34529/10, *Гисанов Пројив Бујарске*, пресуда од 15.10.2013. године.

ПРОПИСИ

Законик о кривичном поступку (“Сл. лист СРЈ”, бр. 70/2001 и 68/2002 и “Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010)

Закон о извршењу кривичних санкција („Службени гласник РС“ бр. 85/05, 72/09 и 31/11).

Закон о општем управном поступку („Службени гласник СРЈ“ бр. 33/97 и 31/01 и Службени гласник РС „ бр. 30/10).

Закон о заштитнику грађана („Службени гласник РС“ бр. 79/05 и 54/07).

*Mr Tomislav Stojković**

APPLICATION OF CONVENTIONAL LAW IN RELATION TO THE NATIONAL CRIMINAL PROCEDURE LAW

Summary

The European Court of Human Rights in the application of the European Convention is a constitutional instrument of the European public order that represents imperative legal rules (jus cogens). It is precisely for these reasons that the application and interpretation of convention law represents the „hard core“ of human rights. In its decisions regarding Article 3 of the Convention, the Court considers that it represents one of the most fundamental provisions of the Convention and as a basic value entered into the laws of the democratic societies that make up the Council of Europe. This provision, in relation to other provisions, is designed and represents an absolute right, without exceptions or temporary or the possibility of cancellation in accordance with Article 15 of the Convention. Human and minority rights guaranteed by generally accepted rules of international law and confirmed international treaties are guaranteed and directly implemented by the Constitution. These provisions on human and minority rights are interpreted in favor of the values of a democratic society and the practices of international institutions that envision its implementation.

Keywords: Constitution, European Court of Human Rights, Values of a democratic society, Absolute rights, Jus cogens.

* Attorney, former judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, [Adv. tomislavs@gmail.com](mailto:tomislavs@gmail.com).