

КОНВЕНЦИЈСКО И КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО У СВЕТЛУ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Апстракт: Право на правично суђење представља процесну гаранцију у смислу члана 6. ЕК, која се односи *fair trial*. У односу на наведено, разлози правичности поступка, посебно истиче захтев за постојање једнакости оружја (*equality of arms*) међу процесним странкама, тужилоца, оптуженог и браниоца. Када се ово каже, мисли се пре свега, на контрадикторности и акузаторској судској поступци. У кривичном поступку, право на правично суђење се пре свега односи на лица којима је поднет оптужница. Члан 32. став 1. Устава РС је истоветан члану 6. став 1. ЕК/ЉП, који представља основ фер суђења у судском поступку.

Кључне речи: Устав Републике Србије, Европска конвенција о људским правима, Европски суд за људска права, Законик о кривичном поступку.

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

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

1 М. 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, nos 78 et bis; R. Merle, A. Vitu, *Traite de droit criminel*, Paris, 1967, 192; С. Миленковић: О називу међународног кривичног права, *Међународно кривично право – зборник радова* 2006, Београд, 137.

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 утврђује 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 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

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

3 М. Крећа, *Међународно јавно право*, 2012, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 642.

4 М. Шкулић: *Међународни кривични суд – надлежности и послови*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд, 2005, 299.

5 A. Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, (prevod), 17.

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 претпоставља. Ако је то била интенција уставотворца онда је једино могуће објашњење у односу на примену и тумачење међународних уговора 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 недозвољене доказе који представљају у својој свеукупности, право на правично суђење, предвиђено

6 A Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 6–7.

чланом 32. Устава Републике Србије и члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и слобода, а које се тичу теме ове конференције.⁷

Као спорно правно питање поставило се питање недозвољених доказа који представљају повреду јемства основних права и слобода грађана против којих се водио кривични поступак, као и да се ти докази не могу употребити и немају доказну снагу приликом доношења пресуде у кривичном поступку. Наведена забрана, пре свега, проистиче из старе максиме *ex iniuria ius non oritur* – из неправда се правда не изриче. Ова максима има своје упориште и у уставној норми члана 25. Устава Републике Србије. Став 1. каже да је физички и психички интегритет неповредив. У ставу 2. уставотворац је определио да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободног датог пристанка.

Одредбе члана 16. став 1 ЗКП-а (”Службени гласник РС”, бр 72/2011, 161/2011, 121/2012, 32/2013, 54/2013 и 55/2014), експлицитно указују да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим Закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа.

У ставу 2. истог члана, законодавац прописује да у односу на сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд ће у пресуди или решењу које одговара пресуди решити у корист окривљеног.

Одредбе члана 84. ЗКП-а указују да докази који су прибављени противно члану 16. став 1. овог законика (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку.

Одредница о незаконитости доказа који је посредно, према начину прибављања, супротан Уставу, Законику, другом закону и стандардима људских права у кривичном поступку, законодавац је експлицитно прихватио доктрину о ”плодовима отровног дрвета” (*fruits of the poisonous tree*).

Одредбе члана 84. став 2. ЗКП-а одређују да у свим стадијумима поступка, а то значи, у истрази (члан 237.), приликом испитивања оптужнице (члан 337. став 6. и 7.), или главног претреса (члан 358. став 1. и 2.), у оквиру доказног поступка (члан 407. став 1. и 2) и у поступку пред другостепеним судом (члан 445. став 2.).⁸

Потврђени међународни уговори о људским правима забрањују постављање и указују на његове различите облике, који се односе на мучење,

7 Т. Стојковић, „Примена конвенцијског права у односу на национално кривично процесно право“, *Однос међународној кривичној и националној кривичној љрава* (ур. М. Шкулић *et al.*), Удружење за међународно кривично право и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2024, 473.

8 Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *Коментар Закона о кривичном љосљујуку*, Службени гласник, Београд, 2022, 252.

свирепом и нечовечно и понижавајуће поступање или кажњавање. Доносиоци Конвенције су као најјачи облик злостављања одредили мучење, а поред наведеног, указују на свирепом и нечовечно поступање, а у односу на понижавајући поступак као најблажи облик злостављања, где се потенцира психичка патња појединца. У односу на заштиту људских права који забрањују злостављање, инкорпорирано је заједничким именитељом који значи да нико не може бити подвргнут мучењу, свирепом и нечовечно и понижавајућем поступању и кажњавању. Члан 7. ПГП, Члан 3. ЕКЉП.⁹

Тема овог реферата односи се, пре свега, на право на правично суђење у кривичном поступку, која у својој суштини представља есенцијалну заштиту права и представља фундаментални критеријум правне државе. То значи да правичност представља уставни, законски и конвенцијски услов за једнако поступање. Правичност сублимира претпоставку основних гаранција правде.^{10, 11, 12}

Приликом оцењивања домаћаја одредбе члана 6. ЕКЉП неопходно је узети у обзир и значење израза оптужба. Европски суд за људска права усвојио је материјалну концепцију оптужбе, што значи да она представља пре свега службено саопштење надлежних органа да је учињено кривично дело.¹³ Суд је у својој пракси поставио три основна критеријума којима се одређује постојање кривичне оптужбе. Први критеријум је сама квалификација кривичног дела заснована на нормама националног права, природа самога дела и коначно тежина санкције. Критеријум квалификација кривичног дела по националном праву у сваком случају представља довољан основ за заштиту у смислу члана 6. Конвенције. Преостала два критеријума природа дела и врсте и тежина санкције могу се примењивати кумулативно, али је пракса суда становишта да се ови критеријуми могу применити и онда када се ради о делу које није кривично дело по одредбама националног законодавства.¹⁴

Опште одредбе

Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака, коју је усвојила Генерална скупштина

-
- 9 В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, 2006, 155.
 - 10 S. Guinchard et al., *Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Paris 2007, 407.
 - 11 G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, "Quadrige" Presses Universitaires de France, Paris, 2003, 354–355. Појам правичности није супротстављен праву, тј. не превазилази га у име виших начела као што је то случај са појмом *equity* у енглеском праву.
 - 12 Г. П. Илић, „Утицај праксе Уставног суда Србије на стандарде људских права у кривичном поступку“, *Уставни суд, Зборник радова*, Београд, 2013, 197.
 - 13 ECHR, Werner, пресуда од 24.11.1997. године, RJD, 1997-VII, бр. 34; ECHR, Litgow, пресуда од 08.07.1986. године, Series A, no. 102, бр. 192.
 - 14 CEDH, 27 février 1980, Deweer c/ Belgique, serie A, n 35, 42.

Уједињених нација 10. децембра 1984. године (Резолуција 39/46), која је ступила на снагу 26. јуна 1987. године.

Члан 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.

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.

2. ЈУРИСПРУДЕНЦИЈА УСТАВНОГ И ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Закон о рехабилитацији у члану 1. став 1. уређује рехабилитацију и правне последице рехабилитације лица која су из политичких, верских, националних или идеолошких разлога, лишена живота, слободе или других права до дана ступања на снагу овог Закона.

Ова општа одредба односи се и на лице из тачке 3. наведеног члана која су судском или административном одлуком органа Републике Србије лишена набројаних права из става 1. примењујући одредбе члана 32. став 2. Устава у односу на члан 6. ЕКЉП, становишта сам, да се ове одредбе у конкретном судском поступку односе на поштено суђење и да нарушеност наведених одредби представља или претпоставља пепощтовање дате норме (*Imbrosica* *прошив Швајцарске*, 24. децембар 1993. године, параграф 36; *Salduz* *против Турске*, параграф 50, 27. децембар 2008. године).

Основни захтев подносиоца уставне жалбе односи се на примену члана 32. став 1. Устава Републике Србије и члана 6. став 1. ЕКЉП у односу на доказе који су прибављени под тортуром од стране надлежних органа.

У овом конкретном случају, задатак Суда је да испита и утврди да ли су задовољени и испуњени захтеви поштеног суђења у односу на допуштеност изведених доказа који су прибављени под тортуром сведока, на основу чијих исказа је искључиво утврђена кривица за кривично дело шпијунаже подносиоца уставне жалбе.

Становишта сам да се у светлу одредбе члана 32. став 1. Устава и члана 6. став 1. Конвенције као сврха заштите права која се гарантује и јамче Уставом треба тумачити на такав начин да та права нису теоријска или илузорна, него практична и делотворна (види: *Artico* *проштив Италије*, 13. мај 1980. године; параграф 33), па се из тих разлога право на поштено суђење не може сматрати делотворним ако Уставни суд није прописно испитао све аспекте правичног суђења (види: *Dulaurans* *проштив Француске*, од 21. марта 2000. године и *Donatze* *проштив Грузије*, 7. март 2006. године). У свим овим случајевима Суд је пресудио на основу члана 6. Конвенције који је природно везан са казним поступком, да је терет доказа на јавном тужилаштву, односно на правном заступнику државе и да у случају спора треба одлучити у корист окривљеног (види: *Lavens* *проштив Литваније*, 28. новембар 2002. године и *Melich и Beck* *проштив Републике Чешке*, 24. јул 2008. године).

У конкретном предмету, подносилац уставне жалбе поставио је основан приговор да је Окружни суд у Пироту својим решењем Рех. Бр. 13/06 од 20.02.2008. године, првооптуженом и другооптуженом Петров Мијалку и Соколов Михајлу који су у претходном ванпарничном поступку рехабилитовани, као и да је неспорно утврђено да је сам кривични поступак вођен противно основним начелима кривичног процесног права, која су цивилизацијска тековина, а тичу се правичног суђења, као и да је према саоптуженима примењена тортура и да се докази свode на њихово изнуђено признање, као и да је на основу ове чињенице неприхватљиво да исказ који су дати могу бити валидни у делу у коме се терети трећеоптужени, овде подносилац уставне жалбе Соколов Влајко, па је из тих разлога погрешно правно становиште Вишег суда у Београду и Апелационог суда у Београду да није повређено подносиочево право на правично суђење и начела правне државе и општеприхваћени стандарди људских права и слобода (види: *Ajdarić* *проштив Хрватске*, 13. децембар 2011. године).

Разматрајући спорна правна питања у смислу тумачења и примене уставних одредби, као конвенцијског права које примењује ЕСЉП, желим да укажем да правна становишта ЕСЉП-а у односу на домаће – уставно право и јуриспруденцију Суда, представља правни оквир у циљу доследног спровођења процесног и материјалног права по Конвенцији Високих страна уговорница.

Сагласан сам да Уставни суд нема задатак да одређује да ли су одређени докази, докази који су добијени незаконито у смислу домаћег права прихватљиви, али је, са друге стране, потребно испитати да ли је поступак који је претходно вођен у целини, укључујући начин на који су добијени докази, био правичан. То значи да оно укључује испитивање незаконитости у конкретном предмету и нарочито ако се ради о повреди права из Конвенције, њен смисао у циљу установљења саме природе права (види: *Allan* *проштив Уједињеној Краљевствима*, ECHR, 2002. године-IX).

Да би се одговорило на питање да ли је поступак био правичан у целини, потребно је размотрити да ли је поштовано право на одбрану. То значи, да се мора испитати да ли је подносиоцу пружена могућност да оспори

веродостојност доказа и да се супротстави њиховом коришћењу. Неопходно је, такође, оценити и квалитет доказа, а посебно истичем, да је неопходно проверити да ли околности у којима су добијени докази, бацају сумњу на поузданост и тачност изведених доказа. Оцена доказа који омогућавају да се утврди да ли је било повреде члана 3. Конвенције, Суд усваја општи стандард доказа “изван сваке сумње”. Ова констатација Суда обухвата једно од најфундаменталнијих вредности демократског друштва. Суд је заузео становиште “деградирајући” поступком се сматра онај поступак који је по својој правној природи такав да ствара код жртве осећај страха, зебње и инфериорности, у смислу да понижава и девалвира и евентуално слама физички и морални отпор, или када је епилог такав да ствара код жртве деловање против своје воље или своје савести (види: *Keenan против Уједињеног Краљевства*, ECHR, 2001-3). Ако се као у овом случају изведени докази не могу поткрепити другим материјалним доказима битно је да не постоји ризик о непоузданости у односу на друге доказне материјале. Ово значи одговор на суштинско питање да ли су изведени докази у конкретном случају били одлучујући за сам исход поступка (види: *Gefegen против Немачке*, ЕСЉП, 1. јун 2010. године, параграф 164.).

На овом месту, желим да истакнем, да у кривичном поступку разумљиво постоје посебне околности у смислу примене и коришћења доказа који су добијени повредом члана 3. Конвенције. Овде се ради о прикупљању доказа који представљају једно од апсолутних права који чине саму суштину и смисао Конвенције, које се доводи у узрочну везу са правичношћу поступка, па чак и у ситуацијама када ти докази нису одлучујући за обезбеђење осуђујуће пресуде против осумњиченог (види: *İçöz против Турске*, од 9. јануара 2003. године).

На основу своје 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 доказну вредност изјава и признања, независно да ли је њихово коришћење од одлучујућег и пресудног значаја за доношење осуђујуће пресуде против оптужених лица (види: *Levinta против Молдавије* од 16. децембра 2008. године). Другачије правно резонување и закључивање би водило озакоњивању одређене врсте морално осуђујућег поступка, која је у супротности са 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. ЕКЉП у овом случају, не може довести у сумњу само ако је повреда члана 3. имала утицаја на исход поступка против оптуженог, односно на његову осуду о кривичи и казни.

Ценећи наводе, Уставни суд констатује да до повреде наведеног елемента права на правично суђење зајемченог одредбама члана 32. став 1. Устава, може доћи само у случају постојања различите праксе судова највише правне

инстанце која доводи у неравноправан положај лица која се налазе у истој чињеничној и правној ситуацији. У том контексту, подносилац уставне жалбе је као доказе за своје тврдње о повреди права на правну сигурност доставио решења Окружног суда у Пироту Рех. 13/06 од 20. фебруара 2008. године и Рех. 3/07 од 29. маја 2008. године, којим су рехабилитовани Михаило Соколов и Мијалко Петров и утврђена ништавост спорне пресуде Војног суда у Београду К 276/59 од 30. јула 1959. године, којом су та лица осуђена заједно са подносиоцем због извршења кривичног дела шпијунаже. Међутим, Уставни суд је закључио да је Окружни суд у Пироту имао првостепену стварну надлежност за поступање у предметима у којима су донета наведена два решења и на које се примењивао Закон о рехабилитацији из 2006. године, према коме је поступак по рехабилитацији имао карактер једностраначког поступка, о чему се изјаснило и Грађанско одељење Врховног суда Србије у правном схватању утврђеном на седници од 13. јуна 2006. године. У поменути два предмета је самим тим било искључено право на жалбу против првостепених решења, којима је усвојен захтев за рехабилитацију Михаила Соколова и Мијалка Петрова. За разлику од тога, треба истаћи да се предметни ванпарнични поступак, у коме су донета оспорена решења, водио по одредбама Закона о рехабилитацији из 2011. године, који предвиђа двостраначки поступак по захтеву за рехабилитацију у коме учествује Република Србија као противник предлагача, те да је оспорено решење Апелационог суда у Београду Рех. 74/13 од 01. новембра 2013. године, донето по жалби подносиоца уставне жалбе, изјављеној против оспореног првостепеног решења, којим је одбијен као неоснован његов захтев за рехабилитацију. Полазећи од наведеног, Уставни суд је оценио да решења Окружног суда у Пироту Рех. 13/06 од 20. фебруара 2008. године и Рех. 3/07 од 29. маја 2008. године, не представљају доказе да је другостепени суд као суд највише правне инстанце у овој врсти ванпарница донео другачије одлуке у предметима у којима постоји чињенични и правни идентитет. Из свих изнетих разлога, Уставни суд налази да оспореним решењима није повређено право подносиоца уставне жалбе на правично суђење.

Подносилац уставне жалбе са разлогом истиче становиште правне сигурности и једнаку заштиту права пред судовима да је недопустиво да судови исте надлежности у погледу апсолутно истоветног чињеничног стања и правног догађаја дају различите правне оцене доказа. Ово пре свега, узимајући у обзир одредбе члана 36. став 1. Устава, који јемчи једнаку заштиту права пред судовима и другим државним органима. Не могу се сагласити са правним резонавањем Уставног суда у овом уставносудском предмету да Уставни суд прихвата да је оспорена одлука Апелационог суда у Београду Рех. 74/14 од 01. новембра 2013. године прихватљива. Правни закључак и становиште оспорене одлуке, темељи се само на једној потпуно спорној чињеници, а то је, да Закон о рехабилитацији из 2011. године, представља двостраначки поступак по захтеву за рехабилитацију, у коме учествује Република Србија као противник предлагача. Ово образложење

и ова порука не иду у прилог гаранцији Уставом зајемчених права на правично суђење подносиоца уставне жалбе. Неспорно је да у правном поретку Републике Србије постоје правоснажна решења о рехабилитацији саопштужених у кривичном поступку који је претходио уставној жалби и такво становиште је потпуно правно неприхватљиво.

Ценећи наводе уставне жалбе, Уставни суд је констатовао да се они односе на чињеницу да подносилац истиче да постојање два правноснажна решења којима су усвојени захтеви за рехабилитацију лица која су заједно са њим осуђена због извршења кривичног дела шпијунаже и да је утврђена ништавост кривичних пресуда, са разлога што је она донета противно начелима правне државе и општеприхваћеним стандардима људских права и слобода, јер је заснована на исказима ових лица који су прибављени на незаконит начин као последица употребе принуде и тортуре. Подносилац уставне жалбе инсистира на томе да се оцена Војног суда о његовој кривичној одговорности управо заснива на исказу Михајла Соколова и Мијалка Петрова у делу у коме су теретили њега да је извршио његово кривично дело, па је Виши суд у Београду одбијајући његов захтев за рехабилитацију практично конвалидирао доказ за који је Виши суд у Пироту већ нашао да је прибављен на незаконит начин.

Узимајући у обзир наведено, а нарочито садржину образложења оспореног решења Апелационог суда у Београду Рех. бр. 74/13 од 1. новембра 2013. Године, Уставни суд закључује да је поступајући другостепени суд дао довољне, јасне и уставноправне прихватљиве разлоге када је оценио да је пресуда Војног суда у Београду К. 276/59 од 30. јула 1959. Године, поводом које је подносилац уставне жалбе поднео захтев за рехабилитацију, донета у кривичном поступку у коме је подносиоцу омогућено право на одбрану и у коме је његова кривична одговорност за извршење кривичног дела шпијунаже утврђена, не само на основу исказа саопштужених Михајла Соколова и Мијалка Петрова, већ и на основу признања самог подносиоца, потпуно нетачна. Она је нетачна из врло животног разлога, јер је и Апелациони суд потпуно погрешно закључио да је подносилац уставне жалбе сам признао извршење кривичног дела. Оно што произлази из списка предмета, а нарочито из чињенице и околности које је утврдио првостепени суд, недвосмислено произлази да се подносилац уставне жалбе бранио негирањем извршења кривичног дела, па као доказ томе служи чињеница да је у поступку пред Врховним војним судом првостепена пресуда преиначена на тај начин, што му је уместо првостепене пресуде на казну затвора у трајању од четири године, иста преиначена на казну затвора од седам година. Ова чињеница, као и наведене околности указују и да је оспореном пресудом Апелационог суда у Београду, као и образложењем Одлуке Уставног суда, та чињеница и околност у светлу примене права на правично суђење нетачна и произвољна, очигледно на штету подносиоца уставне жалбе.

Наглашавам изузимање доказа који су добијени непоштовањем члана 3. Конвенције у поступку пред редовним судовима, који нису уважили

битну чињеницу која се односи на правоснажно решење Окружног суда у Пироту Рех. бр. 13/06 од 20.02.2008. године, којим је утврђено да су искази дати под тортуром, да у смислу правичног суђења из члана 32. Став. 1. Устава Републике Србије и члана 6. Конвенције, претпоставља поштовање владавине права и претпоставља изузимање било којег доказа који је добијен повредом члана 3. Конвенције, а којима се пре свега, штите људска права.

Посебна разматрања, међутим, важе у вези са употребом доказа у кривичним поступцима прибављеним повредом члана 3. Конвенције, Суд је утврдио да употреба изјава прибављених мучењем или другим лошим поступањем као доказа за утврђивање релевантних чињеница у кривичним поступцима, чини те поступке у целини неправичним. Ово мишљење важи без обзира на доказну вредност изјава и без обзира да ли је њихова употреба одлучујућа за доношење осуде (види: *Gäffen йроїиив Немачке* [BB], број 22978/05, став 166, 1. јун 2010. године; *Сїјанимировић йроїиив Србије*, 18. октобар 2011. године).

Ово су разлози због којих се не могу сложити са одлуком већине судија Уставног суда.¹⁵

Јуриспруденција Врховног суда је становишта да признање окривљеног које је саставни део споразума о признању кривичног дела нема форму ни карактер исказа у смислу одредаба чл. 85. и 86. ЗКП и стога се не може извести као доказ у кривичном поступку против другог окривљеног лица.

Одредбом члана 406. став 1. тачка 5) ЗКП је предвиђено да се, осим у случајевима посебно прописаним у овом закону, упознавање са садржином записника о исказима сведока, саопштених или већ осуђених саучесника у кривичном делу, као и записника о налазу и мишљењу вештака, може по одлуци већа обавити сходном применом члана 405. овог Закона, ако је реч о исказу саопштеног према којем је кривични поступак раздвојен или је већ окончан правноснажним осуђујућом пресудом.

Законодавац је, под исказом саопштеног или већ осуђеног саучесника, подразумева се само онај исказ који је искључиво прибављен под условима прописаним у одредбама о доказним радњама и то у члану 85. и 86. ЗКП о саслушању окривљеног и само такав исказ представља дозвољени доказ.

У овом случају, признање окривљеног, као саставни и неопходни део споразума о признању кривичног дела између њега и јавног тужиоца, а сагласно одредбама чл. 313-319. ЗКП, нема ни форму, ни карактер исказа у смислу одредаба ЗКП о испитивању окривљеног у истрази и на главном претресу, већ је то воља тужиоца и окривљеног као странака да одређена кривичноправна ствар буде правноснажно решена на одређени начин у погледу којег међу њима постоји сагласност.

Врховни касациони суд изводи закључак, у смислу одредбе члана 406. став 1. тачка 5) ЗКП није дозвољено упознавање са садржином признања на записнику о рочишту за споразум о признању кривичног дела.

15 Издвојено мишљење судије Т. Стојковић у предмету УЖ-1948/2014.

На основу свих наведених околности, ВКС је усвојио као основан захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног и на основу одредбе члана 492. став 1. тачка 1) ЗКП укинуо правноснажну пресуду Апелационог суда у Новом Саду, те списе предмета вратио на поновно одлучивање у смислу разлога изнетих у овој пресуди¹⁶.

Решењем судије за претходни поступак Вишег суда у Јагодини Кппр. 1/22 од 28.12.2022. године, издвојен је из списка предмета Вишег јавног тужилаштва у Јагодини КТИ бр. 37/21, записник о претресању стана и других просторија Кпп. Пов. Бр . 139/21 од 04.11.2021. године, јер се на њему не може засновати судска одлука.

Из образложења решења судије за претходни поступак Вишег суда у Јагодини Кппр 1/22 од 28.12.2022. године произилази, да је суд нашао да претресање стана и других просторија, о чему је састављен записник од 04.11.2021. године, није извршено у складу са Законом о кривичном поступку, јер је приликом претреса куће осумњиченог АА из ... повређена одредба члана 156. став 7. ЗКП, која прописује да претресању присуствују два пунолетна грађанина као сведоци, који ће се пре претресања упозорити да пазе на ток претресања, као и да имају право да пре потписивања записника о претресању стана ставе своје приговоре на веродостојност садржине записника, а да, у кокретном случају, приликом претреса куће и дворишта осумњиченог, као и места ван дворишта осумњиченог нису присуствовала два грађанина – сведока, што је утврђено из исказа сведока ББ и ВВ који су навели да је претресу дворишта и места ван дворишта осумњиченог, где су предмети пронађени, присуствовала само сведок ВВ, док је за то време сведок ББ био у једној просторији у кући осумњиченог, тако да није видео да ли су овлашћена службена лица нешто пронашла у дворишту и ван дворишта осумњиченог, због чега је донето решење којим се из списка предмета Вишег јавног тужилаштва у Јагодини Кти 37/21 сходно одредби члана 237. став 1. и члана 16. став 1. издваја записник о претресању стана и других просторија Кпп. Пов. бр 139/21 од 04.11.2021. године, јер се на њему не може заснивати судска одлука.

Против наведених правноснажних решења, захтев за заштиту законитости поднео је Републички јавни тужилац под бројем КТЗ 395/23 од 20.04.2023. године, због повреде закона из члана 84. у вези члана 156. и 157. ЗКП, са предлогом да Врховни касациони суд поднети захтев усвоји и утврди да је побијаним решењима повређен закон у корист окривљеног АА.

Одредбом члана 16. став 1. ЗКП, прописано је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим законом, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног

16 Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1433/2016 од 21.12.2016. године, утврђена на седници Кривичног одељења 2.12.2019. године.

права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа.

Одредбом члана 84. ЗКП у ставу 1., прописано је да докази који су прибављени противно члану 16. став 1. овог законика (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку, а ставом 2. истог члана је прописано да се незаконити докази издвајају из списка, стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступка до правноснажног окончања кривичног поступка, а након тога се уништавају и о томе се саставља записник.

Одредбом члана 156. став 7. ЗКП, прописано је да претресању присуствују два пунолетна грађанина као сведоци који ће се пре почетка претресања упозорити да пазе на ток претресања, као и да имају право да пре потписивања записника о претресању ставе своје приговоре на веродостојност садржине записника. Ако су испуњени услови из става 3. овог члана, претресање се може предузети и без присуства сведока.

Одредбом члана 157. став 4. ЗКП, је прописано да ће о сваком претресању сачинити записник у коме ће се тачно описати предмети и исправе који се одузимају и место на коме су пронађени, а посебно ће се образложити због чега се претресање врши ноћу. У записник се уносе и примедбе присутних лица. Записник о претресању потписују присутна лица. У случају да лице одбије да потпише записник, то ће се посебно навести. О одузетим предметима ће се сачинити потврда која ће се одмах издати лицу од кога су предмети, односно исправе одузете.

По налажењу Врховног суда, а имајући у виду да су за претресање стана и других просторија у конкретном случају биле испуњене све претпоставке, као и да је поступак претресања извршен у складу са законом у смислу одредбе члана 156. и 157. ЗКП, те како је Записник о претресању стана и других просторија Кпп. Пов. бр 139/21 од 04.11.2021. године доказ који је изведен у складу са законом на коме се пресуда може заснивати, то и докази који су проистекли из истог и то Потврда о привремено одузетим предметима ПУ Јагодина од 04.11.2021. године, која је сачињена по извршењу наредбе за претрес стана и других просторија коју је донео Виши суд у Јагодини Кпп. Пов. бр 139/21, као и друга потврда о привремено одузетим предметима ПУ Јагодина од 04.11.2021. године, прибављена предузимањем посебних мера из члана 286. став 1. и 2. ЗКП, не представљају незаконите доказе на којима се судска одлука не може заснивати, а како се то основано захтевом за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца указује.

Из наведених разлога, с обзиром да је суд издвојио из списка предмета наведене доказе, јер се по ставу суда на њима не може заснивати пресуда, а што по налажењу Врховног суда није у складу са одредбама Законика о кривичном поступку, а како се то основано захтевом за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца указује, овај суд је констатовао да је побијаним решењима, у корист окривљеног АА, учињена повреда закона из члана 84. ЗКП, у вези члана 156. и 157. ЗКП.

Из напред наведених разлога донета је одлука као у изреци, на основу одредбе члана 492. став 1. тачка 3) ЗКП.¹⁷

У овом кривичном предмету, поднет је захтев за заштиту законитости, у коме се наводи да је побијаним пресудама учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, јер се исте заснивају на доказима на којима се по одредбама Законика о кривичном поступку не могу заснивати. Као незаконите доказе одбрана означава исказе сведока полицијских службеника ББ, ВВ и ГГ, који се у својим исказима на главном претресу позивају на садржај службене белешке коју су саставили дана 23.10.2016. године. Бранилац истиче у захтеву да службена белешка није изведена као доказ у поступку, није предочена полицијским службеницима, док је садржај службене белешке приказан као сведочење двојице полицијских службеника. Имајући наведено у виду, а посебно чињеницу да се сведоци – полицијски службеници у својим исказима искључиво позивају на оно што им је критичном приликом на лицу места рекао окривљени, те да се сведочење полицијских службеника не може заснивати на садржају обавештења који су добили у разговору са окривљеним, то искази сведока полицијских службеника представљају незаконит доказ.

Одредба члана 84. став 1. ЗКП прописује да докази који су прибављени противно члану 16. став 1. ЗКП (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку и ти докази се издвајају из списка, стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступак до правно-снажног окончања кривичног поступка, а након тога се уништавају и о томе се саставља записник.

Одредбом члана 16. став 1. ЗКП прописано је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим законом, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа.

Иако службена белешка није изведена као доказ у првостепеном поступку, полицијски службеници ББ, ВВ и ГГ, у својим исказима директно указују на садржај службене белешке коју су сачинили и на исказ који им је дао окривљени АА у својству грађанина. Поред тога, приликом испитивања, у својим исказима сведоци ББ, ВВ и ГГ, детаљно наводе читав исказ који им је АА дао у својству грађанина када су га затекли у близини места где се критични догађај десио. Због чега су овакви њихови искази који су дати супротно одредби члана 288. став 2. ЗКП, односно супротно изричитој законској забрани саслушавања грађана у својству окривљеног, односно испитивања у својству сведока или вештака, незаконити доказ.

Доношењем одлуке засноване на исказима сведока – полицијских службеника који су осим својих запажања на лицу места изнели и обавештења

17 Пресуда Врховног суда Србије Кзз 446/2023 од 31.05.2023. године.

која су добили у разговору са осумњиченим, позивајући се на службену белешку, повређена је одредба члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, а коју повреду у својој одлуци није исправио ни другостепени суд поводом жалбених навода браниоца окривљеног, на шта се основано захтевом за заштиту законитости браниоца окривљеног указује.

Из напред наведених разлога, очигледно је да је основан захтев за заштиту законитости, па је Врховни суд побијане пресуде укинуо и предмет вратио Првом основном суду у Београду, као првостепеном суду на поновно суђење. Ово се пре свега односи на упутство Врховног суда да се у поновном поступку отклоне наведене повреде. Несумњиво је да је целокупна првостепена пресуда у претежном делу заснована на наведним исказима сведока – полицијских службеника, као незаконитим доказима.¹⁸

3. ЈУРИСПРУДЕНЦИЈА ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

У пракси Европског суда за заштиту људских права донето је више пресуда против Републике Србије у вези с повредом члана 3 ЕКЉП (Милановић против Србије, 14.12.2010. године; Станимировић против Србије 18.10.2011. године; Најнал против Србије, 19.06.2012. године; Lakatoš и други против Србије, 07.01.2014. године; Nabimi и други против 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 против Србије) При томе, постојање наведене обавезе не сме бити муачено тако да државни чланици Савета Европе буде наметнут несразмеран терет. 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.¹⁹

Право на правично суђење у односу на члан 6. став 1. ЕКЉП представља, пре свега, процесне гаранције у грађанском и кривичном поступку. Члан 6. став 3. Конвенције, оптуженом у кривичном поступку пружа посебна процесна права, у циљу заштите права и правних интереса. Право

18 Пресуда Врховног суда, Кзз 1360/2023 од 25.01.2024. године.

19 У случају Миланоквић против Србије подносилац представке је као припадник једне рањиве религиозне мањине (Hare Krišna) 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

на правично суђење се обавезно цени на комплетан кривични поступак, а то укључује поступак по правним лековима.²⁰

Када се говори о правним лековима, то укључује поступак пред нижим првостепеним судовима, судовима жалбеног лека и поступцима по ванредним правним средствима, а то је поступак пред Врховним или Врховним касационим судовима, у зависности од законских решења државе потписница Конвенције.²¹

Наведене правне повреде права из члана 6. ЕКЉП проузрокују и одговорност државе по Конвенцији, у зависности од сваког појединачног случаја, који се водио пред домаћим судовима.²²

У предмету Бујид против Белгије, подносиоци представке су браћа Саид и Мохамед Бујид, белгијски држављани који су живели у месту Сен Жозе тен Норде.

Мохамед Бујид је изјавио док су га испитивали у локалној полицијској станици, један полицијски службеник га је ошамарио. У лекарском уверењу које је издато истог дана, наведено је да је имао модрице на лицу. Истог дана, поднео је притужбу. Унутрашња контрола је саслушала полицијског службеника, који је изјавио да је Мохамед показао непоштовање према њему приликом саслушања.

Саид и Мохамед Бујид су поднели захтев да се прикључе поступку као супсидијарни тужиоци. Против полицијских службеника, поднета је пријава за примену насиља током вршења дужности и за намерно повређивање, као и за произвољне поступке којима су прекршена права и слободе зајемчена Конвенцијом. Поступак који је водио истражни судија, разматрао је извештај који је послало истражно одељење и у којима се наводи да су вођени поступци против чланова породице Бујид, као и да је тај однос те породице са полицијом тежак, уз наглашавање да породица има агресиван и провокативан став према полицији. По достављању досијеа, државни тужилац је позвао да се повуче оптужни предлог, а Одељење за упућивање на суд подржало је обуставу поступка. Одељење Апелационог суда у Бриселу надлежно за оптужнице, подржало је решење о обустави поступка. Касациони суд је одбацио жалбу, коју су обојица подносиоца представке поднела из формалноправних разлога.

У овом предмету је карактеристично да је једно веће ЕСЉП-а 21. новембра 2013. године изрекло пресуду у којој није установило повреду члана 3. Случај је изнет пред Велико веће, по основу члана 43, на захтев подносилаца представке.²³

20 ECHR, *Stran Greek Refineries*, пресуда од 09.12.1994. године, Series A, no. 301-B, бр. 49.

21 ECHR, *Barbera, Messegue and Jarbado*, пресуда од 06.12.1988. године, Series A, no. 146, бр. 31.

22 А. Јакшић, *Евројска конвенција о људским љравима*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2006, 192.

23 ECHR, *Bouyid v. Belgium*, пресуда од 28.09.2015. године, представка бр. 23380/09).

Правни закључак суда у односу на дејство члана 3., злостављање мора да досегне минимални ниво тежине, што обично подразумева наношење стварне телесне повреде или интензивне физичке или менталне патње. Међутим, ако је реч о поступању које понижава или обезвређује појединца или умањује његово људско достојанство, то се може окарактерисати као понижавајуће поступање које потпада под забрану утврђену чланом 3. Ако је лице лишено слободе или суочено са полицијским службеником, свака примена физичке силе која није строго нужна умањује људско достојанство.

У овом конкретном случају, држава је тврдила да лекарским уверењем која су предочили подносиоци представке, није утврђено да су њихове повреде проистекле од удараца.

Аутентичност уверења није оспорена, документују повреде које су представљале могућу последицу шамара. На темељу свих горе наведених чињеница, ЕСЉП је закључио да је тиме што су и један и други подносилац представке били ошамарени, повређено њихово достојанство. Стога је установљено да је у односу на сваког од те двојице подносиоца представке био прекршен члан 3. ЕСЉП је такође установио да је истрага поводом тих инцидената била неделотворна, чиме је опет прекршен члан 3.

У смислу члана 41. Европске конвенције, Суд је сваком подносиоцу досудио по 5.000 евра на име нематеријалне штете. Обојици заједно је досудио још 10.000 евра на име судских и осталих трошкова.

У предмету Арналдо Честаро против Италије, у Ђенови 2001. године одржавао Самит Г8. Група под називом "Ђеновски социјални форум" (GSF), коју је основало неколико невладиних организација, у исто време је, такође боравила у Ђенови како би организовала алтернативни антиглобалистички самит. Због тога су италијанске власти организовале обимне безбедоносне операције. Током 20. и 21. јула су избили инциденти у којима је долазило до сукоба са полицијом. Неколико стотина демонстраната и припадника снага безбедности било је повређено или привремено онеспособљено због сузавца.

Градско веће Ђенове ставило је на располагање школу Дијас-Пертини као склониште које у току ноћи могу да користе демонстранти. По пријави грађана, полиција је одлучила да изврши претрес просторија да би обезбедила доказе и ухапсила припаднике такозваног Црног блока, који су били одговорни за изазивање штете у граду.

Арналдо Честаро је тада имао 62 године. Када је полиција упала у школу, прво је лежао на поду, а потом седео леђима наслоњен на зид, подигнутих руку. Полицајци су га неколико пута ударили, што је проузроковало вишеструке ломове костију. Оперисан је у Ђеновској болници, у којој је остао четири дана, да би неколико година после тог догађаја, био поновно оперисан због тих повреда, у болници у Фиренци. Од тог инцидента, остала му је трајна слабост у десној руци и нози.

После три године истраге коју је спроводило Јавно тужилаштво у Ђенови, двадесет осам припадника снага безбедности је изведено пред суд. Суд у Ђенови је 13. новембра 2009. године осудио 12 оптужених на казну

затвора између две и четири године. Такође им је наложио да појединачно и заједнички, солидарно са Министарством унутрашњих послова, плате судске и остале трошкове и накнаду странкама којима је суд досудио одштетне износе између 2.500 и 50.000 евра. Честаро је добио накнаду од 35.000 евра. На судску одлуку су се жалили оптужени, тужилац, Министарство унутрашњих послова и већина жртава. Апелациони суд је обуставио поступак против појединих оптужених, јер је у међувремену, наступило застаревање за нека кривична дела. Подржана је, или потврђена, већина казни које су се односиле на исплату штете, судских и осталих трошкова. Касациони суд је потврдио главни део пресуде.²⁴

У овом предмету, домаћи судови су већ потврдили да су се акти насиља заиста догодили и ти акти нису били оспорени. У првостепеној пресуди и пресуди Апелационог суда, утврђено је да су полицијски службеници, пошто су упали у школу Дијас-Пертини, напали практично све који су тамо били, ударајући их, шутирајући их, насрћући на њих пендрецима и претњама. Домаћи судови су посебно указивали на пример подносиоца представке, који је већ био човек у поодмаклим годинама, у време када су се ти догађаји збили, како би нагласили апсолутно одсуство сразмерности између полицијског насиља и отпора, који су у том насиљу пружила лица која су се налазила у датим просторијама.

ЕСЉП је саопштио да када се утврђује да ли одређени вид злостављања треба класификовати као мучење, посебну стигму треба приписати намерном нечовечном поступању које изазива веома тешку и сурову патњу. У овом конкретном случају, ЕСЉП је придао важност закључку Касационог суда, по коме је насиље у школи Дијас-Пертини било почињено „у казнене сврхе, ради освете, изведено тако да изазове понижење и физичке и менталне патње жртава”. Такође је потврђено да подносилац представке уопште није

пружао отпор и да је стога злостављање коме је био подвргнут било у потпуности неоправдано и није се могло сматрати сразмерним. Подносилац представке је ударан пендрецима, што је могло да изазове и смртни исход, а у сваком случају је изазвало тешке физичке последице. Осим тога, не сме се потценити осећање страха и узнемирености које је обузело подносиоца представке јер га је пробудила бука коју је направила полиција када је упала у школу која је служила као склониште. Такође је видео да полиција туче друге демонстранте без иједног очигледног разлога, што је у њему морало додатно да појача осећање страха и узнемирености.

ЕСЉП је поновио да онда када постоји веродостојна тврдња о незаконитом злостављању чији је починилац полиција или неко друго службено лице, држава има општу обавезу да делотворно истражи тај догађај. Када је поступак започет пред домаћим судовима, онда цео тај поступак мора бити у складу са императивима забране утврђене у члану 3 Конвенције. То значи да домаћи судови не смеју допустити да напади на физички и морални

24 ECHR, *Cestaro v. Italy*, пресуда од 07. априла 2015. године, представка број 6884/11.

интегритет појединаца прођу некажњено да би сачували поверење јавности. ЕСЉП је саопштио да у случајевима мучења или злостављања чији су починиоци службена лица не треба обустављати кривични поступак због застаревања и да помиловање и амнестија не би смели да буду толерисани.

Стога је ЕСЉП закључио да се италијанско кривично законодавство које је било примењено у овом случају показало неадекватним у смислу захтева да се казне акти мучења и лишено сваког ефекта одвраћања који би помогао да се спрече будуће повреде члана 3. Стога је ЕСЉП саопштио да је одговор власти у овом случају био незадовољавајући и зато неспојив с процесним обавезама државе по члану 3 Конвенције. Осим тога, лица одговорна за акте мучења нису за све време кривичног поступка била суспендована са дужности. На темељу свих чињеница и околности датог случаја, ЕСЉП је утврдио да мере које су примениле домаће власти не задовољавају критеријуме које мора да испуни темељита и делотворна истрага.

Осим тога, ЕСЉП је приметио да се кршење члана 3 не може исправити само тако што ће се жртви досудити надокнада. У овом конкретном случају, ЕСЉП је утврдио да је био повређен члан 3 на основу мучења које је претрпео подносилац представке.

У односу на примену члана 41, Суд је одлучио да је уз обзир чињеницу да је подносилац представке већ добио у поступку пред домаћим судовима, ЕСЉП му је доделио износ од 45.000 евра.

У предмету Ел-Масри против Бивше Југословенске Републике Македоније. Подносилац представке, Халед Ел-Масри, немачки је држављанин рођен 1963. године и живи у Зендену, у Немачкој.

У децембру 2003. године подносилац представке је путовао аутобусом у Скопље, надајући се да ће тамо провести одмор. На граници Србије и Македоније сумњу је изазвао његов нови немачки пасош. Због тога је извршен претрес његових личних ствари и испитиван је о могућим везама с неколико исламских организација. После испитивања које је трајало око седам сати, одвезен је у свој хотел („Скопски мерак“) у пратњи наоружаних људи у цивилној одећи. По доласку у хотел, подносилац представке је држан у потпуној изолацији и непрестано је испитиван на енглеском језику, који он не говори течно. Обавештен је да ће га вратити у Немачку ако потпише признање да је члан Ал Каиде. После десет дана лишења слободе, подносилац представке је почео штрајк глађу и пребачен је на скопски аеродром, с лисицама на рукама и повезом на очима.

Подносилац представке је на аеродрому обавештен да ће бити подвргнут „лекарском прегледу“, да би му у том тренутку савили руке иза леђа и претукли га. После тога је бачен на под, неко га је ногом у чизми приковао за тај под, да би му потом у анус угурали чврст предмет. Злостављање се наставило, па је подносилац представке окован и везан за бочне стране авиона. У пасош су му налепили македонску излазну визу. Пребачен је у Авганистан преко Ирака. Тамо је држан у притворном центру за посебно опасне терористе и у марту 2004. започео је нови штрајк глађу.

У априлу 2004. људи у капуљачама су га на силу извукли из кревета, везали га за столицу и силом га хранили кроз цев. После тога су му донели храну у конзервама и књиге. Услед храњења на силу разболео се, па му је указана лекарска помоћ. У мају 2004. поново су му ставили повез на очи и лисице на руке и наложили му да се пресвуче у одећу коју је имао на себи онда када је ушао у Скопље, да би га потом одвели у други авион. Пребачен је у Албанију, али му нико није казао где се налази. Када је коначно ослобођен у једној згради у Албанији, казали су му где је и у пасош су му залепили албанску излазну визу. Потом је пребачен у Франкфурт, у Немачкој. Испоставило се да је у међувремену, до повратка у Немачку, изгубио 18 килограма, да је запуштен и дијагностикован му је посттравматски стресни поремећај, који је вероватно био проузрокован мучењем и злостављањем.²⁵

Подносилац представке је сматрао да је Бивша Југословенска Република Македонија одговорна за злостављање коме је био подвргнут противно члановима 3, 5, 8, 10 и 13 Конвенције.

Трећа лица која су интервенисала тврдила су да је право на истину у случајевима присилног нестанка уткано у чланове 2, 3 и 5 Конвенције и да је утврђено њеним чланом 13.

Сем тога, трећа лица која су се умешала у поступак тврдила су да тактика ванредног изручења, какво је оно због кога се Суду обратио подносилац представке, представља кршење начела међународног права *non-refoulement*.

Сагласно члану 30 Конвенције, надлежност за тај случај уступљена је Великом већу.

Поступање са г. Ел-Масријем не може се оправдати разлозима националне безбедности нити разлозима борбе против тероризма. Европски суд је стао на становиште да забрана мучења мора и даље бити третирана као апсолутно право. Из тих разлога, Суд је поновио да су власти пропустиле да предузму разумне кораке да избегну ризик од злостављања за које је држава знала, или је морала да зна, да би могао активирати дејство члана 3. Мада г. Ел-Масри није био подвргнут примени физичке силе док је био лишен слободе у хотелу у Скопљу, Суд је приметио да се члан 3 не односи искључиво на физички бол. Дуготрајно лишење слободе тог подносиоца представке било је такво да је морало изазвати његову емоционалну и психолошку патњу. Подносилац представке је хотимично доведен у ситуацију у којој га је трајно обузимала анксиозност због тога што су власти желеле да извуку признање од њега. Власти за такво понашање нису могле да наведу никакво оправдање. Зато је Европски суд закључио да су услови у том хотелу били довољно тешки да су представљали кршење члана 3 Конвенције.

Злостављање коме је подносилац представке био изложен на аеродрому у Скопљу такође је оцењено као одговорност Бивше Југословенске Републике

25 ECHR, *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic Of Macedonia*, пресуда од 13. децембра 2012. године, представка број 39630/09.

Македоније. Тежина злостављања такође се ничим није могла оправдати јер је број припадника снага безбедности очигледно био већи док је подносилац представке био сам и он није представљао никакву опасност за њих. Поред тога, Европски суд је истакао да присилно свлачење коме прибегава полиција до те мере деградира човека да се никако не сме произвољно предузети.

Сем тога, истакнуто је да трансфер г. Ел-Масрија обавештајној агенцији ЦИА није извршен у склопу легитимног захтева за изручење. Македонске власти су знале која је дестинација авиона у који је подносилац представке силом смештен. Европски суд је изразио забринутост због начина на који америчке власти поступају према лицима осумњиченим за тероризам, посебно у тако познатим притворским центрима какав је онај у Гвантанаму. Будући да је та информација у време када је тај подносилац представке био предат америчким властима већ била у јавном домену, Суд је био уверен да су македонске власти знале или су морале да знају колики је ризик од мучења или злостављања. Из свих тих разлога, Европски суд је закључио да су македонске власти прекршиле члан 3 Конвенције.

Суд је још једном нагласио случајеве из судске праксе у којима је утврђено да државе крше право на слободу, према члану 5, ако изврше трансфер појединаца у државе у којима су ти појединци изложени ризику од „флагрантног кршења” члана 5. У том случају, Суд је установио да се македонским властима може приписати одговорност како за лишење слободе подносиоца представке у хотелу у Скопљу и на аеродрому, тако и у Авганистану и за његово потоње враћање преко Албаније. Македонске власти су биле саучесник у лишењу слободе подносиоца представке у Авганистану јер су га вољно предале америчким властима.

Поред тога, Европски суд је стао на становиште да пракса ванредних изручења представља присилни нестанак, што по дефиницији подразумева лишење слободе ван нормалног правног система.

Европски суд је закључио да Бивша Југословенска Република Македонија мора да плати г. Ел-Масрију 60.000 евра и све припадајуће износе на име пореза за нематеријалну штету која му је нанета.

4. ЗАКЉУЧАК

Овај реферат се бави, пре свега, процесном равноправности странака у кривичном поступку. У позитивном међународном праву, злостављање је забрањено. ЕКЉП је својом одредбом утемељила појмове мучења, нечовечног поступања, понижавајућег поступања. Ови су појмови садржани у члану 3. Конвенције, Забрана мучења као недозвољени докази у току кривичног поступка. Као општи појам недозвољених доказа, који представљају темељ владавине права у кривичном поступку, представљају правни основ правичног суђења садржаног у члану 6. ЕКЉП и члана 32. став 1. Устава

Републике Србије. Правичност поступка, која је изложена у реферату, односила се и на поступање пред Врховним касационим судом Републике Србије. Из наведене јуриспруденције, темељно је питање обезбеђења процесне равноправности између оптуженог и државног тужиоца, као државни орган, који има законска овлашћења која могу проузроковати последице које исходују неправичност поступка у односу на оптуженог и његову процесну позицију.

ЛИТЕРАТУРА

- Димитријевић В., Поповић, Папић, Петровић В., *Међународно љправо људских љрава*, Београдски центар за људска права, Београд, 2006.
- Glaser S., *Introduction a letude de droit international penal*, Bruxelles-Paris, 1954.
- Guinchard S. et al., *Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès équitale*, Dalloz, Paris, 2007.
- Илић Г. П., „Утицај праксе Уставног суда Србије на стандарде људских права у кривичном поступку“, *Уставни суд, Зборник радова*, Београд, 2013.
- Илић Г. П., Мајић М., Бељански С., Трешњев А., *Коментар Законика о кривичном љосћууку*, Службени гласник, Београд, 2022
- Јакшић А., *Евројска конвенција о људским љравима*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2006.
- Kaseze A., *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005 (prevod).
- Cassese A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Constant J., *Traite elementaire de droit penal*, T. I., Paris, 1965.
- Cornu G. (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, "Quadrige" Presses Universitaires de France, Paris, 2003.
- Крећа М., *Међународно јавно љправо*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Merle R., Vitu A., *Traite de droit criminel*, Paris, 1967.
- Миленковић С., „О називу међународног кривичног права“, *Међународно кривично љправо-зборник радова*, Београд, 2006.
- Rigaux M., "Sur la route du droitpenal europeen", *Revue de droit penal et de criminologie*, 1973.
- Стојковић Т., „Примена конвенцијског права у односу на национално кривично процесно право“, *Однос међународној кривичној и националној кривичној љрава* (ур. Шкулић М., Етински Р., Миљуш И., Шкундрић А.), Удружење за међународно кривично право и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2024.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд – надлежност и љосћууак*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд, 2005.

ПРОПИСИ

Законик о кривичном поступку, *Службени иласник РС*, бр. 72 од 28. септембра 2011, 101 од 30. децембра 2011, 121 од 24. децембра 2012, 32 од 8. априла 2013, 45 од 22. маја 2013, 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019, 27 од 24. марта 2021 - УС, 62 од 17. јуна 2021 - УС.

Устав Републике Србије, *Службени иласник РС*, бр. 98 од 10. новембра 2006, 115 од 30. новембра 2021 - Амандмани I-XXIX, 16 од 9. фебруара 2022.

*Tomislav Stojković, MA**

CONVENTIONAL LAW AND LAW OF CRIMINAL PROCEDURE IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL

Summary

This paper deals primarily with the procedural equality of parties in criminal proceedings. In positive international law, abuse is prohibited. The ECHR has established the concepts of torture, inhuman treatment, and degrading treatment.

These concepts are contained in Article 3 of the Convention, Prohibition of Torture as Inadmissible Evidence in Criminal Proceedings. As a general concept of inadmissible evidence, which constitutes the foundation of the rule of law in criminal proceedings, they constitute the legal basis for a fair trial contained in Article 6 of the ECHR and Article 32, paragraph 1, of the Constitution of the Republic of Serbia.

The fairness of the proceedings, which was presented in the paper, also applied to proceedings before the Supreme Court of Cassation of the Republic of Serbia. From the aforementioned jurisprudence, the fundamental issue is the issue of ensuring procedural equality between the accused and the state prosecutor, as a state body that has legal powers that may cause consequences that result in unfairness of the procedure in relation to the accused and his procedural position.

Keywords: Constitution of the Republic of Serbia, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Code of Criminal Procedure.

* Attorney and ex-judge of the Constitutional Court of Serbia, adv.tomislavs@gmail.com.