

## **ПРАВО ОКРИВЉЕНОГ НА ИСПИТИВАЊЕ СВЕДОКА И САОКРИВЉЕНИХ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**

**Јелена Веселиновић<sup>1</sup>,**

Докторанд Правног факултета Универзитета у Нишу

### **Апстракт**

*Сврха рада је анализа значаја права одбране да испитује сведоке оптужбе и саокривљене, сагледано кроз праксу Европског суда за људска права. Уводна разматрања посвећена су теоријској анализи начела правичног поступка, чији је један од аспеката право окривљеног да испитује сведоке оптужбе. Потом су приказани стандарди које је поставио Европски суд за људска права у својој пракси, приликом утврђивања да ли је дошло до повреде права на правичан поступак. Посебан акценат је на пресуди Европског суда за људска права у предмету Димовић и други против Републике Србије, у којој је утврђена повреда чл. 6 ст. 3(д) Европске конвенције о људским правима и основним слободама. Аутор даље у раду критичком анализом националне кривичнопроцесне регулативе и краћим освртом на праксу националних судова указује на усвојене ставове приликом тумачења спорних одредби, као и на проблеме са којима се суочавају национални судови.*

**Кључне речи:** испитивање сведока, право на правично суђење, европски суд за људска права, једини или одлучујући доказ, фактори противтеже.

### **1. Увод**

Право на правично суђење састоји се из низа процесних гаранција, које са собом вуку одређене интерпретативне потешкоће у тумачењу. Право на правично суђење дефинисано је кроз праксу Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП, Суд), која пружа објашњења неопходна за разумевање самог концепта правичног поступка. Једна од гаранција из спектра права на правично суђење јесте и право окривљеног да испитује

<sup>1</sup> [jelnaveselinovic@yahoo.com](mailto:jelnaveselinovic@yahoo.com)

сведоке против себе. Право окривљеног да испитује сведоке оптужбе и саокривљене омогућује окривљеном да у потпуности оствари своју улогу процесног субјекта у кривичном поступку који се води против њега. Реч је о праву окривљеног да активно обликује ток и смер кривичног поступка.

Број представки пред Европским судом за људска права, којима појединци траже правду и материјалну надокнаду од Републике Србије због повреде права из Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) рапидно расте. Крајем 2018. године донета је пресуда у предмету Димовић и други против Републике Србије<sup>2</sup> у којој је утврђена повреда чл. 6 ст. 3(д) ЕКЉП. Након доношења пресуде у овом предмету, остало је отворено питање да ли нови Законик о кривичном поступку<sup>3</sup> (у даљем тексту и: ЗКП), који није важио у време вођења поступка у поменутом предмету, као и садашња пракса националних судова у примени одредби овог Законика, остављају потенцијалну могућност за подношење нових представки против наше земље.

## 2. Начело правичног поступка

Примена основних процених начела доприноси стварању адекватног институционалног амбијента за законито и правилно решавање кривичне ствари и равноправну позицију кривичнопроцесних странака (Кнежевић, 2012: 220). Кривичноправна регулатива, а и пракса, лако се од система заштите преокрене у инструмент задирања у права човека. Да би се избегла ова опасност, корисно је у правне системе уградити механизме гаранција, јер би се у противном кривично право могло претворити у инструмент за учинковит прогон различитих „непријатеља“ (Царић, 2006: 56).

Право на правично суђење вуче корене из америчке правне доктрине, а у европскоконтинентални систем уведено је кроз праксу међународних судова, посебно Европског суда за људска права. Питање правичности поступка може се посматрати само на основу конкретног кривичног поступка, као целине, сагледавајући сваки поједини аспект, док се као процесни критеријум узима појам правичности (Зилић, 2014 :189).

Процесне гаранције начела правичног поступка чине ово начело комплексним. Састоји из низа права (елемената), који би се могли поделити на опште и посебне. Право на приступ правосуђу, једнакост оружја и суђење у разумном року су општи елементи овог начела, док претпоставка

---

<sup>2</sup> Case 7203/12 Dimović and Others v Serbia [2018]

<sup>3</sup> Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019

окривљеникове невиности и посебне гаранције одбране чине посебне елементе (Илић, 2012: 213).

Један од аспеката начела једнакости оружја подразумева могућност окривљеног да оспорава исказ сведока оптужбе, односно исказ саокривљеног, што је уједно и круцијални захтев начела контрадикторности. Могућност оптуженог да се суочи са сведоцима у присуству судије који ће одлучити је важан елемент правичног поступка, будући да запажања судије о исказу и понашању сведока који се испитује могу имати значајне последице по оптуженог. (Грубач, Васиљевић, 2014: 697) Начело правичног поступка представља „стожерни принцип” који се састоји од низа процесних права и гаранција, који својим целокупним деловањем чине конкретни кривични поступак правичним (Кнежевић, 2004: 210). При овом становишту је и Европски суд за људска права, из чијег тумачења права на правично суђење произилази да се поступак може сматрати правичним, иако поједине процесне гаранције, које чине ово начело, нису испуњене. Другим речима, суд у Стразбуру има тенденцију апстраховања правичности, уместо појединачног испитивања да ли су конкретне гаранције, које чине право на правични поступак, поштоване (Biral, 2014: 331).

Ово начело предвиђа процесне гаранције окривљеног и омогућава да окривљени буде у позицији да афирмише свој став, а да притом не буде стављен у неповољнији положај у односу на себи супротстављену страну (Кнежевић, 2012:220). Право окривљеног да испитује сведоке омогућава окривљеном да доведе у питање кредибилитет и поузданост сведока оптужбе, да умањи њихову доказну снагу и на тај начин осигура своју одбрану. Ово право даје могућност окривљеном да у потпуности оствари своју улогу процесног субјекта у кривичном поступку који се води против њега, у супротном, био би само објекат према коме је усмерено извршење кривичне санкције.

Право на испитивање сведока има битну улогу у остваривању оправданости пресуде у кривичном поступку, која потиче, између осталог, из правилно утврђеног чињеничног стања и моралног ауторитета. Унакрсно испитивање служи првенствено као средство које помаже правилном утврђивању чињеничног стања, провером поузданости и веродостојности доказа на којима се базира пресуда (Bird, 2014: 118).

### **3. Право окривљеног на испитивање сведока и саокривљених у светлу праксе Европског суда за људска права**

У члану 6 ст. 3 ЕКЉП садржан је каталог „минималних права одбране” који као целина чине један од конститутивних елемената права на

правично суђење. „Минимална права одбране” обухватају право особе оптужене за кривично дело да без одлагања, подробно и на језику који разуме, буде обавештена о природи и разлозима оптужбе,<sup>4</sup> да има довољно времена и могућности за припремање одбране,<sup>5</sup>; право на материјалну и формалну одбрану,<sup>6</sup>; да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега,<sup>7</sup> и право на бесплатну помоћ преводиоца.<sup>8</sup>

Испитивање сведока у присуству судије јесте битан елемент права на правично суђење.<sup>9</sup> Реч „сведок” у чл. 6. ст. 1. и 3(д) ЕКЉП има аутономно значење и не примењује се само на изјаве сведоке у строгом смислу, већ и на исказе саокривљених,<sup>10</sup> жртве,<sup>11</sup> као и на вештаке<sup>12</sup>. Како је ЕСЉП закључио у предмету Димовић и други против Србије „...када се сведочење може материјално сматрати као основа за осуђујућу пресуду, тада, без обзира на то да ли га је дао сведок у строгом смислу или саокривљени, оно представља доказ за гоњење за који се примењују гаранције предвиђене чланом 6. ст. 1. и 3(д) Конвенције...”.<sup>13</sup>

Допустивост доказа је питање које се првенствено уређује националним правом и праксом националних судова, док ЕСЉП има задатак да приликом испитивања да ли је дошло до повреде чл. 6 ЕКЉП испита правичност вођења поступка у целини.<sup>14</sup> Коришћење изјава сведока, вештака или саокривљених, које су прибављене у предсудећим фазама поступка, само по себи не представља кршење ове одредбе, ако се окривљеном пружи одговарајућа прилика да оспори и испита сведока против њега, било у тренутку давања изјаве или у каснијој фази.<sup>15</sup>

---

4 Члан 6 ст. 3(а) ЕКЉП

5 Члан 6 ст. 3(б) ЕКЉП

6 Члан 6 ст. 3(ц) ЕКЉП

7 Члан 6 ст. 3(д) ЕКЉП

8 Члан 6 ст. 3(е) ЕКЉП

9 Case 10075/02, *Graviano v Italy*, [2005], ст. 38

10 Case 33354/96, *Luca v Italy*, [2001], ст. 38-45

11 Case 41461/02, *Vladimir Romanov v Russia*, [2008], ст. 97

12 Case 20524/92, *Doorson v the Netherlands*, [1996], ст. 81-82

13 Case 7203/12 *Dimović and Others v Serbia* [2018], ст. 55

14 Case 22978/05, *Gäfgen v Germany* [2010], ст. 162

15 Case 9154/10, *Schatschaschwili v Germany*, [2015], ст. 103-105

Од наведеног правила могући су изузеци. Пракса ЕСЉП се мењала по овом питању, па је од строгог приступа који је важио до 2011. године, дошла до мање ригидног. Ранију праксу ЕСЉП, почев од става заузетог у пресуди *Unterpertinger v Austria*<sup>16</sup>, карактерисало је правило о „једином и одлучујућем” доказу. Првенствено је испитивано да ли је постојао добар разлог за одсуство сведока са главног претреса. *Други критеријум се састојао у провери да ли се пресуда темељи искључиво или у одлучујућој мери на исказу сведока ког оптужени није могао испитати ни у једном стадијуму поступка.* Израз „једини доказ” је сам по себи јасан и представља једини елемент који чини основу пресуде. Термин „одлучујући” донекле је нејасан и различито се тумачи. У појединим случајевима ЕСЉП имао је ригидан приступ и заузео становиште да је доказ увек „одлучујући”, осим ако није „сувишан”.<sup>17</sup> Међутим, у појединим случајевима<sup>18</sup> ЕСЉП заузимао је флексибилнији приступ. Наиме, доказ није сматран одлучујућим, иако остали докази сами по себи нису били довољни за осуду, или је било довољно само пуко присуство других доказа, без обзира на тежину коју они носе. (Biral, 2014: 338)

У пресуди *Al-Khwaja and Tahery v The United Kingdom*<sup>19</sup> ЕСЉП променио је свој приступ, имајући у виду критике правила јединог или одлучујућег доказа и недостатка оправдања за овако ригидним правилом. Промењеном праксом креирана је снажна претпоставка да се тражи присуство свих сведока тужилаштва на суђењу, чиме се ограничава оно што је било традиционално резервисано као прерогатив тужбе или судова у инквизиторним системима (Dovydas Vitkauskas, 2018: 154). Уведен је тест у три корака за вредновање правичности поступка: а) да ли је постојао ваљан разлог за непојављивање сведока; б) да ли су искази тог сведока били „једини” или „одлучујући” доказ за осуђујућу пресуду; и в) да ли је коришћење тих исказа било исправљено довољним „факторима противтеже”, укључујући постојање адекватних „процесних механизма заштите”. За разлику од раније праксе, вредновање ових критеријума мора бити кумулативно.

Примећујемо да је ЕСЉП увођењем трећег критеријума имао за циљ да уклони аутоматизам у утврђивању повреде чл. 6 ЕКЉП, када доказ „по чувењу” представља једини или одлучујући доказ против окривљеног, те сада његово прихватање у доказни материјал неће инстант имати за

16 Case 9120/80, *Unterpertinger v Austria* [1986], стр.33

17 Case 47698/99 48115/99, *Birutis and others v Lithuania*, [2002], стр. 32-34

18 Case 36822/02, *Bracci v Italy* [2005]

19 Case 26766/05, 22228/06, *Al-Khwaja and Tahery v The United Kingdom* [2011]

последницу повреду чл. 6 ЕКЉП, већ ће суд пажљиво сагледати целокупан поступак и постојање процесних гаранција. Уместо доташњег строгог правила, суд је увео процену постојања баланса између права и интереса одбране и остваривања правде, чиме је принцип пропорционалности нашао своју примену и у погледу овог правног питања (Илић, Анђелковић, 2017: 72).

У погледу првог услова, Суд је заузео становиште да непостојање оправданог разлога за одсуство сведока не указује само по себи на повреду правичности поступка, али свакако представља важан фактор, чији утицај на правичност целокупног поступка треба испитати. Не постоји списак таксативно набројаних разлога који се сматрају оправданим за непојављивање сведока пред судом, већ сваки разлог треба проценити у односу на околности сваког конкретног случаја. Пракса ЕСЉП издвојила је неколико легитимних разлога за одсуство сведока са главног претреса, попут здравствених разлога,<sup>20</sup> смрти сведока,<sup>21</sup> могућег негативног психолошког дејства испитивања на суђењу на жртву сексуалних деликта,<sup>22</sup> страха од појављивања пред судом,<sup>23</sup> недоступности сведока државним органима,<sup>24</sup> служења затворске казне ван граница земље<sup>25</sup> и других.

ЕСЉП је у погледу другог услова упутио критику на дотадашњи приступ и истакао да би члан 6 став 3(д) ЕКЉП требало тумачити у контексту свеобухватног испитивања правичности поступка и да би правило „јединог и одлучујућег доказа“ требало примењивати на флексибилан начин. Код процене важности доказа, посматра се улога доказа у грађењу оптужнице, односно, у грађењу осуђујуће пресуде.<sup>26</sup> Судска пракса ЕСЉП не искључује у апсолутном смислу коришћење сведока по чувењу, али не допушта ослањање на ту врсту сведочења у ситуацији када нису испитани непосредни очевици.<sup>27</sup> Такође, признања саоптужених не могу бити коришћена као основ за осуђујућу пресуду против оног саоптуженог који није признао дело.<sup>28</sup>

---

20 Case 59632/09, Vronchenko v Estonia [2013]

21 Case 19874/92, Ferrantelli and Santangelo v Italy, [1996]

22 Case 61800/08, Gani v Spain [2013]

23 Case 26766/05 22228/06, Al-Khawaja and Tahery v the United Kingdom [2011]

24 Case 9154/10, Schatschaschwili v Germany [2015]

25 Case 58349/09, Štefančič v Slovenia [2017]

26 Case 47698/99 48115/99, Birutis and Others v Lithuania [2002], ст. 28–35

27 Case 7078/02, V. D. v Romania, [2010] ст. 107–116

28 Case 41461/02, Vladimir Romanov v Russia, ст. 97–106

Трећи услов, постојање довољних „фактора противтеже” своди се на гаранције у преткривичном поступку и фази истраге, које би компензовале ускраћивање права одбране на унакрсно испитивање сведока на главном претресу. Домаћи судови су обавезни да са дужном пажњом користе доказе у виду изјава одсутних сведока, и да са тим доказима приступају са „опрезом”, имајући у виду да су то докази мање тежине и да је домаћи суд дужан да у пресуди детаљно образложи разлоге прихватања таквог доказа.<sup>29</sup> Домаћи судови би требало да провере да ли постоји видео запис испитивања сведока у истрази или да ли је окривљени имао могућност да унакрсно испита сведока у истрази,<sup>30</sup> односно, да ли је бранилац окривљеног присуствовао испитивању сведока или саслушању саокривљеног у ранијим фазама поступка.<sup>31</sup> Међутим, иако одбрана може у фазама пре главног претреса да оспори исказ сведока, то није довољна гаранција права одбране ако сведок касније измени свој став.<sup>32</sup> Такође, одбрана мора имати могућност да изнесе своју верзију догађаја и да доведе у питање кредибилитет сведока у чији се исказ врши увид.<sup>33</sup>

ЕСЉП је такође нагласио да би требало разматрати постојање довољних фактора противтеже и у случајевима када је исти закључио да је нејасно да ли су докази о којима је реч искључиви или одлучујући, али је ипак уверен да су носили значајну тежину и да би њихово прихватање могло оштетити одбрану. Тежина доказа одсутног сведока директно је пропорционална факторима противтеже, односно, што су докази важнији, то би фактори противтеже морали имати већу тежину како би се поступак могао сматрати правичним у целисти.

Одлука националних судова да прихвате као доказ исказ сведока или саокривљеног, који је раније дат у току поступка, мора бити мера последњег средства, будући да се тиме ускраћују права окривљеног, који би, начелно, требало да има ефективну прилику да оспори доказе против њега у кривичном поступку.

Пресуда Европског суда за људска права у предмету Димовић и други против Србије

ЕСЉП је крајем 2018. године донео пресуду у предмету Димовић и други против Србије<sup>34</sup> у којој је установио да је у конкретном кривичном

29 Case 15487/08, *Przydział v Poland* [2016], ст. 53

30 Case 16980/06, *Palchik v Ukraine* [2017], ст. 50

31 Case 29187/10, *Šmajgl v Slovenia* [2016], ст. 63

32 Case 26437/04, *Orhan Çaçan v Turkey* [2010] ст. 31–43

33 Case 16980/06, *Palchik v Ukraine* [2017] ст. 48

34 Case 7203/12, *Dimović and Others v Serbia* [2018]

поступку, који се водио у Републици Србији против подносилаца захтева, повређено право двојице подносиоца из чл. 6 ст. 3(д) ЕКЉП. Наиме, ЕСЉП нашао је да је подносиоцима повређено право на испитивање саокривљеног Р.К., који је саслушан само у истрази, а да је предметна кривича пресуда, којом су они оглашени кривим, заснована управо на том спорном исказу. Саокривљени Р.К. дао је исказ пред истражним судијом и оптужио подносиоце представке да су извршили кривично дело које им се ставља на терет, а месец дана након давања исказа опет је саслушан пред истражним судијом и тада је повукао изјаву. Четири дана након почетка суђења, саокривљени је преминуо, те подносиоцима захтева није дата могућност да провере његове наводе на главном престресу.

Приликом испитивања да ли је дошло до кршења чл. 6 ст. 3 ЕКЉП, ЕСЉП испитао је три услова постављена у пресуди *Al-Khawaja and Tahery* и нашао да је очигледно да је постојао оправдан разлог за неприсуствовање саокривљеног Р.К. главном претресу, с обзиром на тежину болести од које је боловао и каснију смрт; да је исказ саокривљеног Р.К. био једини доказ на коме је заснована осуда првог и другог подносиоца представке, док су у односу на трећег подносиоца изведени и други докази; као и да нису постојали довољни „фактори противтеже”, нити да има назнака да су домаћи судови са било каквом посебном пажњом испитали поузданост спорне изјаве Р.К., а нарочито домаћи судови нису узели у обзир чињеницу да је предметна изјава касније повучена.

У време одлучивања националних судова, у Републици Србији важио је стари Законик о кривичном поступку из 2001. године<sup>35</sup>. У међувремену, у Републици Србији је 2011. године донет нови Законик о кривичном поступку, који је са собом повукао радикалне промене у кривичнопроцесном законодавству Републике Србије.

#### **4. Право окривљеног на испитивање сведока и саокривљених у праву Републике Србије**

Доношењем ЗКП-а Републике Србије из 2011. године, главни претрес је нормативно изграђен као спор између равноправних странака, који одликују начела контрадикторности, непосредности, усмености и јавности, док је истражни поступак сада у рукама јавног тужиоца са реликтима инквизиторског начела у себи, који донекле ограничава права одбране на приступ информацијама.

---

35 Службени гласник СРЈ, бр. 70/01 и 68/02, и Службени гласник РС, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10



Адверзијални кривични поступак одликује право на „једнакост оружја” чији посебан аспект представља право одбране на испитивање сведока. Поштовање права прописаног у одредби чл. 6 ст. 3 (д) ЕКЉП да се сведоци оптужбе и одбране позивају и испитују под једнаким условима, омогућава остваривање контрадикторности кривичног поступка и уједно је један од кључних захтева које поставља начело једнакости оружја у кривичном поступку, будући да се њиме омогућава једнак процесноправни положај окривљеног и јавног тужиоца у предузимању процесне радње испитивања сведока или саслушања саокривљеног. Начело контрадикторности реализује се кроз одвојеност кривичнопроцесних функција, процесну равноправност странака и присуство странака у кривичном поступку приликом извођења процесних радњи (Кнежевић, 2015: 66). Разлика између ова два начела је у томе што је начело контрадикторности „конструкцијско” начело, које обликује модел кривичног поступка као спор између кривичноправних странака, док је начело једнакости оружја функционално начело, које подразумева да странке у поступку имају једнака процесна права и могућност утицаја на ток и исход поступка (Ивичевић Карас, 2007: 1010).

Уставом Републике Србије<sup>36</sup> је у чл. 33 ст. 5 прописано да свако коме се суди за кривично дело има право да сам или преко браниоца износи доказе у своју корист, испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране. На сличан начин је ово право регулисано и ЗКП-ом у склопу права окривљеног прописаних у чл. 68 ст. 1 тач. 10 овог Законика. Окривљени начелно има право на испитивање сведока већ у стадијуму истраге, будући да је чл. 300 ЗКП-а прописана дужност јавног тужиоца да браниоцу осумњиченог упуту позив да присуствује саслушању осумњиченог, односно да осумњиченом и његовом браниоцу упуту позив да присуствују испитивању сведока или вештака. Иако експлицитно не стоји у овој одредби, свакако би је требало тумачити да садржи и дужност јавног тужиоца да позове осумњиченог и његовог браниоца да присуствују и саслушању саокривљених, имајући у виду заузет став ЕСЉП да се право окривљеног на испитивање сведока односи и на саокривљене.

Допуштена ограничења начела непосредности кроз праксу националних судова

Националним Закоником о кривичном поступку прописано је да се искази сведока, вештака, саоптужених или већ осуђених саучесника могу користити иако нису дати непосредно на главном претресу, већ су суд и

<sup>36</sup> Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006

странке њихову садржину сазнале увидом, сажетим излагањем садржине или читањем.<sup>37</sup> Овде је реч о одступањима од принципа непосредности и контрадикторности, која морају бити рестриктивно тумачена. Предност непосредног утврђивања чињеница, огледа се и у могућности судећег већа да изврши, не само логичку, већ и психолошку анализу исказа, добијених у доказном поступку (Кнежевић, 2014: 210). Елементарно је начело окривљеног да у кривичном поступку има делотворну могућност оспоравања доказа против себе и испитивања истинитости и поузданости изречених тврдњи.

До примене ове одредбе може доћи услед немогућности да се ова лица испитају или саслушају или сагласности странака да се одступи од начела непосредности. Наиме, суд ће приступити увиду у исказ испитаних лица која су умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других важних разлога. Такође, у случају да је сведок или вештак испитан непосредно пред истим председником већа или у складу са одредбом члана 404. ЗКП испитан ван главног претреса, односно, да сведок или вештак без законског разлога неће да да исказ на главном претресу, може се на основу судске одлуке упознати са садржином њихових ранијих исказа.

У случају да је реч о исказу саоптуженог према којем је кривични поступак раздвојен или је већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом, суд може само извршити увид у ранији исказ тог лица, без могућности да се поново испита својству сведока. У погледу исказа саоптуженог према којем је кривични поступак раздвојен или је већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом, исказ треба да је дат у заједничком поступку, пре раздвајања.

Законик о кривичном поступку дефинише термин „окривљени” као лице против кога је подигнута оптужница која још није потврђена, или против кога је поднет оптужни предлог, приватна тужба или предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, а главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције још није одређено, односно израз који служи као општи назив за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног, док се термином „оптужени” означава лице против кога је оптужница потврђена и лице за које је поводом оптужног предлога, приватне тужбе или предлога за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења одређен главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције у скраћеном кривичном поступку. Одредба чл. 406 ст. 1 тач. 5 ЗКП-а користи термин „саоптужени”. Остало је нејасно да ли

---

<sup>37</sup> члан 406 ЗКП-а

је у питању пропуст или намера законодавца да се примена ове одредбе ограничи само на исказ саоптуженог. Пракса националних судова такође указује на проблем у примени ове одредбе. Тако је Апелациони суд у Крагујевцу у пресуди Кж1 904/2018 од 23.10.2018. године заузео став да се под термином „саоптужени“ из одредбе чл. 406 ст. 1. тач 5. ЗКП-а подразумева саокривљени и у образложењу своје одлуке користи те термине као синониме, указујући на то да је законито вршити увид у исказ саокривљеног дат у истрази, пре оптужења и стицања својства оптуженог лица.

Чест разлог за изјављивање жалби јесте позивање на непотпуно, односно, погрешно утврђивање чињеничног стања, будући да су у току поступка само прочитани искази саоптужених на околности критичног догађаја, према којима је поступак раздвојен и осуђени су правноснажном осуђујућом пресудом. Врховни касациони суд је, по овом питању, заузео став да, у складу са одредбом чл. 406 ст. 1 тач. 5 ЗКП-а, „... у кривичном поступку није дозвољен дуалитет процесних својстава, односно једно лице се не може појавити у двострукој улози и то једном као окривљени, а потом и као сведок ...“.<sup>38</sup>

Оправданост оваквог тумачења Врховног касационог суда доводи у питање чињеница да саокривљени, у било ком тренутку његовог саслушања током поступка, почев од саслушања у полицији, преко истраге до саслушања на главном претресу, није дужан да говори истину, нити полаже заклетву. Његово право на одбрану подразумева да се брани на начин на који он сматра најадекватнијим, укључујући и право да не говори истину. Такође, одредбом чл. 300 ЗКП-а прописано је да је тужилац дужан да браниоцу „упути“ позив, а не „позове“, што језичким тумачењем доводи до закључка да бранилац не мора ни бити уредно позван ни присуствовати испитивању сведока или вештака.

Начин посредног коришћења исказа саокривљеног као доказ у кривичном поступку представља и извођење доказа упознавањем са садржином исправа - правноснажних пресуда донетих против других окривљених на основу споразума о признању кривичних дела. Законик о кривичном поступку не прави разлику између осуђујуће пресуде донете у поступку после одржаног главног претреса и пресуде којом је окривљени осуђен на основу споразума о признању кривичног дела.<sup>39</sup> Докази изведени на овај начин представљају законите доказе, самим тим нема битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, која би

<sup>38</sup> Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 85/2016 од 16.3.2016. године

<sup>39</sup> Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж. 329/17 од 24. 3. 2017.године

постојала у случају да су као доказ су изведени споразуми о признању кривичног дела.<sup>40</sup>

Чињеница је да не представља недозвољен доказ исказ узет и састављен у складу са одредбама Законика о кривичном поступку и прочитан на главном претресу под условима предвиђеним законом, односно у складу са чл. 406 Законика о кривичном поступку. Међутим, неспорно је да је доказни кредибилитет исказа саоптуженог умногоне већи, уколико је исказ тог саоптуженог сагледан у контексту исказа осталих учесника у кривичном догађају, уз могућност њиховог суочења (Кнежевић, 2014: 221).

## 5. Закључак

Испитујући везу између општег правила, права на правично суђење, и конкретне гаранције, права окривљеног на испитивање сведока и саокривљених, кључно питање је у којој мери се кршење појединачне процесне гаранције може сматрати компатибилним са правом на правично суђење.

ЕСЉП у предмету Димовић и други против Србије закључио је да у поступку који се водио против подносилаца захтева пред националним судовима, није било поштовано право окривљеног из круга „минималних права одбране“ прописаних чл. 6 ст. 3 (д) ЕКЉП и да самим тим поступак није био правичан. У међувремену је у Републици Србији ступио на снагу нови ЗКП 2013. године и уведен је тзв. тужилачки концепт истраге. Међутим, и са овако измењеним концептом, Законик не само да је задржао иста одступања од начела непосредности, већ је проширио ситуације у којима је могуће одступити од овог начела, чиме је значајно угрожен принцип једнакости оружја. Такође, додата је и одредба која допушта вршење увида у исказ саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, а који се, по тумачењу Врховног касационог суда, не може поново испитивати у истом поступку, сада у улози сведока. Некритичка примена ове одредбе може имати за последицу доношење пресуда против Републике Србије пред ЕСЉП, будући да досадашња пракса ЕСЉП није издвојила као оправдан разлог за вршење увида у записнике о исказима раније испитаних сведока и окривљених, постојање дуалитета процесних улога.

Поштујући праксу ЕСЉП, потребно је ограничити могућност употребе записника о испитивању саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, на главном претресу против осталих саоптужених. Препорука националним

---

40 Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. 8/18 од 14. 2. 2018. године

судовима је рестриктиван приступ у коришћењу доказних тековина пресудећих фаза кривичног поступка, поготово у систему тужилачке истраге. У оваквим ситуацијама, приликом доношења одлуке, суд би требало имати у виду и тест у три корака установљен у пресуди *Al-Khawaja and Tahery*.

На законописцу остаје да *de lege ferenda* размотри могућност да уврсти одредбе које забрањују да се осуђујуће пресуде искључиво или у одлучујућој мери заснивају на исказима сведока и саокривљених које одбрана није имала прилике да испитује. Садашња регулатива неоправдано ограничава ову забрану само на случајеве када поступа тужилаштво посебне надлежности и у случају понављања поступка осуђеном коме је суђено у одсуству.

### Листа референци

- Biral, M. (2014). The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*. 331-350;
- Bird, J. (2014) Article 6 in the Supreme Court: Conflicting views on the right of confrontation, *Plymouth Law and Criminal Justice Review*. 107-126;
- Царић, М. (2006). Појам начела правичног поступка пред казним судом. Зборник радова факултета у Сплиту. Год. 43, 2/2006. 55-73;
- Грубач, М., Васиљевић, Т. (2014). Коментар Законика о кривичном поступку. Београд: Пројурис;
- Ивичевић Карас, Е. (2007). Окривљениково право да испитује свједоке оптужбе у стадију истраге као важан аспект начела једнакости оружја странака у казном поступку (у поводу пресуде Европског суда за људска права у предмету Ковач против Хрватске). Хрватски љетопис за казено право и праксу. Vol. 14 No. 2. 999-1018;
- Илић, И., Анђелковић, Л. (2017). Право окривљеног на испитивање сведока – међународни стандарди и домаће право. Национално и међународно право- актуелна питања и теме. 67-80;
- Илић, И. (2012). Путеви и странпутице права на правично суђење. Зборник радова Правног факултета у Нишу, LIX. 213-228;
- Кнежевић, С. (2015). Кривично процесно право, општи део. Ниш: Правни факултет;

Кнежевић, С. (2014). Начело непосредности. Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“. 209-224;

Кнежевић, С. (2012). Основна начела кривичног процесног права. Ниш: Студентски културни центар Ниш;

Кнежевић, С. (2004). Право на правично суђење. Зборник Правног факултета у Нишу. XLIV. 207-236;

Vitkauskas, D., Dikov, G. (2017). Заштита права на правично суђење по Европској конвенцији о људским правима, Приручник за правнике практичаре. Савет Европе. Друго издање;

Зилић, Л. (2014). Право на правично суђење у кривичном поступку. Анали Правног факултета Универзитета у Зеници. 187-206;

Прописи:

Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006

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

Законик о кривичном поступку, Службени гласник СРЈ, бр. 70/01 и 68/02, и Службени гласник РС, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10

Пресуде Европског суда за људска права:

Case 26766/05, 22228/06, Al-Khwaja and Tahery v The United Kingdom, Judgement of 15 December 2011;

Case 47698/99 48115/99, Birutis and others v Lithuania, Judgement of 22 March 2002;

Case 36822/02, Bracci v Italy, Judgement of 13 October 2005;

Case 7203/12, Dimović and others v Serbia, Judgement of 11 December 2018;

Case 20524/92, Doorson v the Netherlands, Judgement of 26 March 1996;

Case 19874/92, Ferrantelli and Santangelo v Italy, Judgement of 7 August 1996;

Case 22978/05, Gäfgen v Germany, Judgement of 1 June 2010;

Case 61800/08, Gani v Spain, Judgement of 19 February 2013;

Case 10075/02, Graviano v Italy, Judgement of 10 February 2005;

Case 33354/96, Luca v Italy, Judgement of 27 February 2001;

Case 26437/04, Orhan Çaçan v Turkey, Judgement of 23 March 2010;

Case 16980/06, Palchik v Ukraine, Judgement of 2 March 2017;

Case 15487/08, Przydział v Poland, Judgement of 24 May 2016;

Case 9154/10, Schatschaschwili v Germany, Judgement of 15 December 2015;

Case 29187/10, Šmajgl v Slovenia, Judgement of 4 October 2016;

Case 58349/09, Štefančič v Slovenia, Judgement of 24 October 2017;

Case 9120/80, Unterpertinger v Austria, Judgement of 24 November 1986;

Case 41461/02, Vladimir Romanov v Russia, Judgement of 24 July 2008;

Case 59632/09, Vronchenko v Estonia, Judgement of 18 July 2013;

Case 7078/02, V. D. v Romania, Judgement of 16 February 2010;

Одлуке судова Републике Србије:

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж. 329/17 од 24. 03. 2017;

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 904/2018 од 23.10.2018. године;

Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. 85/2016 од 16.03.2016. године;

Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. 8/18 од 14.02.2018.године.

### **Резиме**

Право окривљеног да испитује сведоке оптужбе и саокривљене омогућује окривљеном да у потпуности оствари своју улогу процесног субјекта у кривичном поступку који се води против њега. Као важан аспект права на правичан поступак, ово право успоставља равнотежу између јавног тужилаштва, као државног органа, и окривљеног, као објективно слабије странке. Питање правичности поступка може се посматрати само на основу конкретног кривичног поступка, као целине, сагледавајући сваки поједини аспект. Након критике раније праксе, пред ЕСЉП се 2011. године отворила дилема у којој мери право на правичан поступак, које има за циљ успостављање баланса између супротстављених интереса окривљеног и остваривања права државе на *ius puniendi*, може апсорбовати посебна права из спектра „минималних права одбране“ прописаних у чл. 6 ЕКЉП. Увођењем „теста у три корака“ у *Al-Khawaja and Tahery* предмету за вредновање правичности поступка, суд у Стразбуру представио је својеврсни компромис, који има тенденцију апстраховања правичности, и закључио да се поступак може сматрати правичним, иако поједине процесне гаранције, које чине ово начело, нису испуњене. Остаје критика да оваквим ставом ЕСЉП гаји и превише наде да ће „фактори противтеже“

моћи да надокнаде немогућност окривљеног да испита сведоке или саокривљене и да ће тиме бити компензована неправичност која му је нанета.

Република Србија је 2011. године усвојила нови Законик о кривичном поступку и увела тзв. тужилачки концепт истраге. Међутим, и са овако измењеним концептом, Законик не само да је задржао иста одступања од начела непосредности, већ је проширио ситуације у којима је могуће одступити од овог начела, чиме је значајно угрожен принцип једнакости оружја и довео до фактичке неравноправности странака. Такође, додата је и одредба која допушта вршење увида у исказ саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, а који се, по тумачењу Врховног касационог суда, не може поново испитивати у истом поступку, сада у улози сведока.

Национални судови до сада махом нису имали слуха за установљене стандарде ЕСЉП по питању повреде права на правично суђење, те остаје отворено питање да ли ће се променити приступ националних судова након доношења пресуде у предмету Димовић и други против Републике Србије, где су дати јасни стандарди и смернице, којих би национални судови требало да се придржавају.

Допустивост доказа је питање које се првенствено уређује националним правом и праксом националних судова, док ЕСЉП има задатак да приликом испитивања да ли је дошло до повреде чл. 6 ЕКЉП испита правичност вођења поступка у целини. Законодавство Републике Србије не гарантује довољно „фактора противтеже“ који би били потпора „једином или одлучујућем“ доказу. На законописцу остаје да *de lege ferenda* размотри могућност да уврсти одредбе које забрањују да се осуђујуће пресуде искључиво или у одлучујућој мери заснивају на исказима сведока или саокривљених које одбрана није имала прилике да испитује. Садашња регулатива неоправдано ограничава ову забрану само на случајеве када поступа тужилаштво посебне надлежности и у случају понављања поступка осуђеном коме је суђено у одсуству.



## **THE DEFENDANT'S RIGHT TO EXAMINE WITNESSES AND CO-DEFENDANTS IN CRIMINAL CASES**

**Jelena Veselinović**

PhD student, Faculty of Law, University of Niš

### **Summary**

*The defendant's right to examine witnesses and co-defendants allows the defendant to fully exercise his role of a subject in the criminal proceedings initiated against him. As an important aspect of the right to a fair trial, this right establishes a balance between the public prosecutor, as a representative of the state, and the defendant, as an objectively weaker party in the criminal proceedings. The question of fairness of proceedings can only be observed on the basis of a specific criminal case, as a whole, considering each individual aspect.*

*After criticizing the earlier practice, in 2011, the ECtHR encountered a dilemma on the extent to which the right to a fair trial, aimed at establishing a balance between the conflicting interests of the accused and the exercising ius puniendi of the state, can absorb specific individual rights in the spectrum of "minimum rights" prescribed in Article 6 of the ECHR.*

*By introducing the Al-khawaja "three-step test" to evaluate the fairness of the proceedings, the Strasbourg Court presented a kind of compromise, which has the tendency of fairness abstraction, and concluded that the proceedings could be considered fair even though some procedural guarantees, which are part of this principle, are not fulfilled. There remains a criticism that the ECtHR places too much faith in the "counterbalancing measures", trusting that they will be able to overcome the inability of the defendant to examine witnesses or co-defendants, and that it will eventually compensate for the inequality of arms.*

*In 2011, the Republic of Serbia adopted the new Criminal Procedure Code, which introduced the so-called prosecutorial concept of investigation. However, even with this changed concept, the Criminal Procedure Code not only retained the same deviation from the principle of immediacy but expanded the situations in which it was possible to depart from this principle, which significantly threatened the principle of equality of arms and led to actual inequality of the parties. The Code also includes a provision that allows for insight into the testimony of the co-defendant, who is subject to separate proceedings; thus, according to the interpretation of the Supreme Court of Cassation of the Republic of Serbia, the co-defendant, who now appears in the role of a witness, cannot be re-examined in the same criminal proceedings.*

*The national courts have so far mostly ignored the established ECtHR standards regarding the violation of the right to a fair trial. Thus, there remains an open question as to whether the access of the national courts will be changed after the judgment in the case of Dimović and Others v Serbia, where the ECtHR found a violation of Article 6 of the ECHR and established clear standards and guidelines that national courts should adhere to.*

*The admissibility of evidence is an issue primarily regulated by the national law and practice of national courts, while the ECtHR has the task of investigating whether there has been a violation of Art. 6 ECHR. The legislation of the Republic of Serbia itself does not guarantee the sufficient «counterbalancing factors» that would support “the only or decisive” evidence. The legislators should consider de lege ferenda the possibility of enacting provisions which prohibit convictions to be based exclusively or decisively on the testimonies of witnesses or co-defendants which the defence did not have the opportunity to cross-examine. The present regulation unjustifiably limits this prohibition only to cases involving the actions of the Prosecutor’s Office with special jurisdiction and cases involving a retrial of a convicted person who was tried in absentia.*

**Keywords:** right to confrontation, right to a fair trial, European Court of Human Rights, sole or decisive test, counterbalancing factors.