

ОБЈАШЊАВАЊЕ ПРАЗНИНА У ИСТРАЖНОЈ ФАЗИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА И ПРЕИСПИТИВАЊЕ ПРАВИЧНОСТИ У ЕВРОПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Др Миодраг Н. Симовић*

Сажетак: *Разлог за празнине у истражној фази поступка лежи дјелимично у нацрту члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹. Нема мјеста сумњи да је ова одредба јасно оријентисана према суђењу на унутрњ истражној фази, која је скоро у потпуности игнорисана. Ако би ово требало да представља приступ кривичном поступку који преферира суђење, можда чак и англосаксонском моделу, онда би то, можда, барем дјелимично могло бити објашњено процесом креирања нацрта. Travaux préparatoires показује да су оригиналне одредбе које се тичу и легалности притвора и и права на фер суђење комбиноване, са неодређеним терминима, у једну одредбу: „3а) Нико неће бити субјект арбитрарног хапшења, притварања или прогонства; б) Сви су потпуно једнаки у праву на фер и јавно саслушање од стране независног и непристрасног трибунала, у одређивању њихових права и обавеза и било каквих кривичних оптужби против њих“².*

Може постојати мало сумње да је правичност у кривичном процесу постала синоним за процесна права, поготово осигуравајући да оптужени за кривична дјела имају адекватну шансу да се позову на одређена права. Оптужени за кривично дјело имају „право“ на фер

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и председник Уставног суда Босне и Херцеговине

¹ У даљем тексту: Европска конвенција.

² Council of Europe, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights, The Hague, “Martinus Nijhoff”, 1975–85, at 320.

суђење, „право“ да презентују доказе у своју одбрану и „право“ да се бране ћутањем. Чак и у правним системима попут оног у Уједињеном Краљевству, гдје је теоретисање о условима ових права било традиционално непопуларно³, научници су се окренули разматрању „предности концептуализације кривичног процеса у условима права уопште и људских права посебно“⁴.

Кључне ријечи: правичност, једнакост оружја, контрадикторни поступак, усмени поступак, непристрасно суђење, привилегија против самоинкриминације, материјално право, узети изјаву свједока.

Уводне напомене

Значајне дискусије вођене су и у Комитету експерата (*Committee of Experts*) одговорном за нацрт Европске конвенције и касније у Савјету министара (*Council of Ministers*) о томе да ли овај или ривалски нацрт, базиран на приједлозима британске делегације, треба бити прихваћен. Представник Уједињеног Краљевства био је незадовољан због могућности начина закључка Конвенције, који није садржавао „прецизну дефиницију ових права - колико је то било могуће“. Базирајући се на овоме, одлучили су да прихвате „прецизиране приједлоге“ од стране Владе који би били прихваћени у Комитету експерата. Они гласе на сљедећи начин:

„Члан 8. 1) У одређивању било какве кривичне оптужбе против њега или његових права и обавеза пред законом, свако има право на фер и јавно саслушање од стране независног и непристрасног трибунала установљеног законом.

Пресуда ће бити донесена јавно, али штампа и јавност могу бити искључени из цијелог или дијела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбједности или гдје интереси малолетника или неспособних лица то захтијевају.

2) Свако ко је оптужен за кажњиво дјело има се сматрати невиним док се не докаже да је крив на основу закона. У одређивању било какве оптужбе против њега, свако има право:

³ Maher, G., Human rights and Criminal Process” in T Campbell, T., Goldberg, D., McLean, S. and Mullen, T. (eds), Human Rights: From Rhetoric to Reality, at Oxford, “Basil Blackwell”, 1986, at 199.

⁴ *Ibidem*, стр. 197. Види Smith, A.T.H., The Human Right Act and the Criminal Layer: The Constitutional Context, 1999, „Criminal law Review“, at 251.

- да у најкраћем року буде обавијештен о природи и узроку оптужбе против њега;
- да се брани лично или путем правне помоћи по сопственом избору, а ако нема средстава да плати овакву помоћ, биће му дата без накнаде када интереси правде то захтијевају;
- да испитује свједоке против њега и доведе свједоке у своју корист;
- да има бесплатну помоћ преводиоца, ако не разумије језик на којем се говори у суду⁵.

Овај приједлог, који јасно одражава постојећу Конвенцију, односи се не само на прву референцу и право да се испитују и позивају свједоци, већ и на друге одредбе члана 6 став 3, изузев члана 6 став 3 тачка е)⁶. Пратећи британски приједлог, није било консензуса у Комитету експерата који би могао бити усвојен. Комитет је зато одлучио да је „немогуће укомпоновати текст чланова који дефинишу људска права у приједлозима Уједињеног Краљевства са текстом чланова који наводе ова права у нацртима Скупштине, с обзиром на то да су системи на којима се темеље ова два нацрта у самом коријену различити“. Али, с друге стране, Комитет је осјетио да би „избор између ова два система требао бити извршен у свјетлу политичких, прије него правних разматрања“⁷.

На крају је одлучено да се ове алтернативе изнесу пред Савјет министара који се у саставу виших званичника, углавном из министарстава држава чланица, састао да размотри нацрте. Британски представник је образложио британски приједлог на два принципијелна темеља. Прво, треба креирати обавезе које ће државе бити обавезне да испуњавају и оне морају знати „тачан обим корака које предузимају“ и, друго, ако би права била дефинисана са што генералнијег аспекта, било би их „лакше избјећи примјењивати“.

Сљедећа дискусија била је мање-више поткријељивана овим аргументима. Скоро да уопште није било дискусије о самој суштини

⁵ Видјети Council of Europe, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights, The Hague, “Martinus Nijhoff”, 1975–85, at 284.

⁶ Summers, J. S., Fair Trails, The European Criminal Procedural Tradition and the European Court for Human Rights, Oxford and Portland, Oregon, „Hart Publishing“, 2007, стр. 166.

⁷ Council of Europe, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights, The Hague, “Martinus Nijhoff”, 1975–85, at 16.

текста⁸. На крају, председник је одлучио на основу генералне дискусије базиране на политичким принципима. Финални текстови чл. 5 и 6 Европске конвенције су генерално они који су били предложени од стране британских представника, и то са мањим измјенама. Изгледа да је одлука да се укључи и право испитивања свједока на суђењу креирана од стране британских правних експерата и прихваћена од стране политичара који немају претјерано искуство на пољу кривичног процесног права и који су донијели одлуку на основу тога да ли би прецизнији или генералнији текст био прихватљивији и без икакве дискусије о ефектима суштине самих одредби⁹.

Отклањање дефицита правичности: разумијевање европске процесне традиције

Ако би природа процеса креирања нацрта Конвенције могла помоћи да се објасни недостатак одредби које се тичу регулације истраге, англосаксонско право не може бити држано за разлог за креирање једнакости оружја и доктрине контрадикторног (акузаторног) поступка. Они су основ за разумијевање кривичног процеса који је развијен у Европи у деветнаестом вијеку, а базиран је на оптужном тројству (*accusatorial trinity*) независних судија, привржених тужилаца и тимова одбране. Важност ове процесне форме базирана је на прихватању акузаторског тројства и на томе да су докази изведени на јавном и усменом суђењу, надгледаном од стране непристрасног судије, док је фаза истраге примарно била оријентисана према допуштању странкама да се припреме за суђење. Најважније, могућности које су дате оптуженом биле су у контексту ове институционалне структуре. Ово значи да је правичност зависна не само од праксе неких процесних могућности, већ и од праксе ових могућности у специфичном институционалном окружењу: усменом, јавном и непристрасном суђењу¹⁰.

У суштини, Европски суд за људска права¹¹ је покушао да минимизира разлике у процесним законима држава чланица, мијења-

⁸ Грчки представник је примјетио да није адвокат и не може помоћи са „редефинисањем нацрта на основу различитих алтернатива, које су у темељу правни посао“. Ирски представник је подржавао генералну дискусију, док је Талијан преферирао „компаративну студију“ од члана до члана.

⁹ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 166.

¹⁰ *Ibidem*, стр. 166.

¹¹ У даљем тексту: Европски суд.

јући став о конституцији „суђења“, продужавајући га у фазу истраге и истовремено смањујући проценат његове сигурности, као и креирајући двосмислени стандард правичности¹². Процесне могућности оптуженог који може испитивати свједока на суђењу, разликују се од оних када је имао право испитивати свједока у истражном, предсудском окружењу. Још више, главни аспект праксе Европског суда, везан за привилегију против самоинкриминације, мора бити виђен као врло неуједначен у одсуству даље регулације, која, у ствари, резултира контрадикторном природом разумијевања кривичног процеса од стране Европског суда¹³.

Неопходно је примијетити да су контроверзе које укључују регулацију доказне вриједности исказа свједока симптоматичне, не само у погледу разлике између европских кривичних процесних система, већ више индикативне целокупном европском широком погледу да обрати пажњу на посљедице стриктног раздвајања фазе суђења и истраге. Упознавање доказа до главног претреса, које би могло бити упитно само у неконтрадикторним околностима, некомпатибилно је са системом базираном на акузаторском тројству и адверсарном концепцијом суђења и фундаментално поткопава гаранцију легитимности суђења кроз правичност¹⁴.

Ови проблеми би могли бити ријешени и препознавањем недостатака компарације европског кривичног поступка подијеленог на оптужни (*accusatorial*) и истражни (*inquisitorial*) процесни систем. То би значило прихватање важности раздвајања оптужења и суђења или испитивања доказа и препознавање да то захтијева стриктно раздвајање фазе истраге и фазе суђења¹⁵. Захтјеви праксе Европског суда који се тичу „једнакости оружја“ и „контрадикторне процедуре“ дају сугестију препознавања првог елемента. Уз то, тешко је избјећи закључак да је у регулацији „фер суђења“ Европски суд био фокусиран примарно на право на извођење и провјеравање доказа.

Процесна правичност и права појединца

За процесна права речено је да функционишу као „процесне кочнице државне моћи које осигуравају да се индивидуа третира са

¹² Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 167.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

достојанством и поштовањем¹⁶, ограничавајући тако (као и озакоњујући) примјену материјалног права¹⁶. Теорија „која користи институт људских права, има ефекат блокирања аргумената који дозвољавају или захтијевају да се интереси индивидуа у кривичном процесу заобиђу“¹⁷. Принципи изражени кроз право имају већу заштиту од мијешања политичара и бирачког тијела него норме једноставно изражене кроз законе¹⁸. Ово би могло изгледати као егзактан разлог за креацију Европске конвенције.

Након завршетка Другог свјетског рата постојала је жеља да се пронађу законска средства да се покушају превенирати разни типови злочина која су се дешавала у Европи у првој половини двадесетог вијека. Конвенција би због тога могла бити виђена у контексту интернационалног покушаја да се поставе стандарди који не би могли бити заобиђени од стране конкурентних циљева различитих законодавстава¹⁹. Ово је могло бити остварено најприје у виду унутрашњег законодавства, на принципима које је немогуће заобићи и секундарно кроз подешавање ових принципа у контекст људских права. Назив Конвенције гарантује дата права, не само као већу симболичку вриједност него њихово додјеливање кроз законске норме и пружање значајних конкретних бенефиција ономе ко их примјењује у пракси²⁰.

Упркос реалним предностима изражавања правичности у контексту права, немогуће је избјећи закључак да је овај фокус на право био на терет разматрања институционалног контекста кривичног процеса²¹. Иако стандарди „права“ садржани у члану 6 Европске конвенције изгледају сувише јасни, двосмисленост карактера неких принципа обезбјеђује значајан увид у проблем конструкције правичности. Овај проблем је можда највише поједностављен потребом јавног саслушања коју поједини аутори оспоравају као индивидуално право²². Чињеница да би се многи оптужени, укључујући и оне којима је загарантовано ослобођење, одлучили – када би им био дат избор – да избјегну стрес и

¹⁶ Arenella, P., Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren Courts and Burger Courts Competing Ideologies” 1983, 72, “Georgetown Law Journal”, 185, at. 200.

¹⁷ Maher, G., *op. cit.*, стр. 218.

¹⁸ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 170.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sohn, L., The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States”, 1982, 32, “American University Law Review”, 1.

²¹ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 170.

²² Нпр. Trechsel, S., Human Rights nad Criminal Proceedings, Oxford, „Oxford University Press“, 2005, at 121.

понижење јавности, отежава његову карактеризацију као нечега што је „одабрано“ од стране оптуженог²³. Још више, чињеница да оптужени немају „*ex ante*“ моћ да одлучују о могућности да им буде суђено јавно, води до сугестије да то не може бити баш описано као „право“, односно да такво право не постоји: „колико год би отвореност суђења могла бити вриједна, она може бити објашњена и у другом контексту, а не само у контексту права“²⁴.

Прихваћено је да потреба јавног суђења не може (или бар не може увијек) бити конструисана као „право“, као и да то има озбиљне посљедице по систем какав је Европска конвенција, који је зависан од индивидуалних апликаната који траже „своја права“²⁵. Ако је јавно саслушање од стране апликаната виђено као непогодност, а не као нешто корисно, онда изгледа да не постоји начин за инсистирањем да државе чланице подрже овај аспект фер суђења²⁶. Trechsel ово препознаје увиђањем да би остале заинтересоване странке могле практиковати своје право на информисање садржано у члану 10 Европске конвенције - да би поново добиле приступ саслушању²⁷.

Аргументи базирани само на принципијелности „права“ изгледа да игноришу могућност да за процесну правичност могу постојати и друге потребе²⁸. Друге вриједности, чак и ако нису принципијелно оријентисане према личним интересима оптуженог лица, такође могу бити од есенцијалне вриједности при конципирању процесне правичности²⁹.

Процесна права и институционалне форме

Као што је већ разматрано, права оптуженог зависе и од институционалне форме процеса. Та форма омогућава конзистентну примјену процесних права у контексту унифицираних стандарда процесне правичности. Занемаривање важности регулације институционалне форме кривичног процеса довело је до пропагирања пог-

²³ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 171.

²⁴ Jaconelli, J., Right Theories and Public Trial, 1997, 14, "Journal of Applied Philosophy", 169, at 174.

²⁵ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 171.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Trechsel, S., *op. cit.*, стр. 122 и 123.

²⁸ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 171.

²⁹ *Ibidem*.

решног става да правичност може бити постигнута кроз захтијевање имплементације права одбране, без обзира на институционалну форму процесног система³⁰. С тим у вези, и инструментална „права одбране“ развијена су као дио институционалне и структуралне форме кривичног процесног система. Ово је доказано чињеницом да је развој према појачаној улози одбране праћен скептицизмом од стране коментатора у смислу да ли треба стварно бити виђен као лични интерес оптужених лица³¹. То означава не само да ће сваки изолован покушај да се регулише „правичност“ на бази индивидуалних права, без обзира на институционални контекст у којем она требају бити примијењена, бити нужно непотпун, већ такође доводи у питање разумијевање кривичног процеса који је примарно фокусиран на оптуженог³².

У деветнаестом вијеку аутономија оптуженог није представљала примарну бригу развоја кривичног процеса. С друге стране, одбрани су дата одређена процесна права унутар овог система. Оптуженим за кривична дјела није дата прилика да одлуче да ли да учествују у поступку, као и да ли да прихвате надлежност кривичног суда или кривични закон као свој. Умјесто тога, приморани су да прихвате државни монопол који прогони и кажњава. Ово је значајна разлика, јер одражава разумијевање кривичног процеса као темеља везе између оптужбе и одбране. То је веза која би требала бити претходник разумијевања модерне концепције правичности у кривичном процесу³³.

С обзиром на изнесено, главна брига није индивидуално право на фер суђење, већ нека врста једнакости пред законом, која би била у могућности да гарантује да ће свако ухваћен у кршењу кривичног закона, бити субјект оптужбе базиране на истом основу³⁴. Ово, а не индивидуална процесна права, јесте кључ за прихватање кривичног процеса³⁵. Свако истицање правичности засновано на условима појединачних права, неће успјети да потврди чињеницу да је „етика правичности такође етика компарације“³⁶.

³⁰ *Ibidem*, стр. 172.

³¹ Stephen, J.F., *A History of Criminal Law in England*, London, „Macmilan“, 1883, CH 3.

³² Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 172.

³³ *Ibidem*, стр. 173.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Arendt, H., *The Origins of Totalitarianism*, San Diego, Cal, Harvest, 1968, at 91.

³⁶ Colvin, E., *Conceptions of Fairness in the Criminal Process*, 2000, Occasional Paper delivered at the International Society for the Reform of Criminal Law Conference, 9 July 2004.

Неуважавање значаја повезаности између права оптуженог и кривичног правног система угрожава примјену стандарда правичности. Слијепо инсистирање на стварању процесних права, без разматрања контекста њихове примјене, може чак смањити гаранције понуђене неким оптуженим лицима; одсуством правила система, може се проузроковати неправичност умјесто гарантоване правичности³⁷. Они који се ослањају на процесно право да би осигурали правичност, генерално то раде на основу разумијевања да неопходни морал закона почива на начину на који се примјењује³⁸.

Изгледало би релативно јасно да постоји мала улога у овом случају процесних права, гледајући их као ограничења прописа који је закон примијењен. Питање се слаже са ограничењима могућности процесног права да одигра улогу у сузбијању замјене кривичног права у вези са критичним питањем које понашање може бити означено као криминално. Чињеница је да постоји значајан потенцијал неправичности у друштву, који може да се одрази и на неправичност у кривичном праву. Није довољно да се кривично право односи на свакога; кључно је да се оно примјењује на свакога. Дискриминаторна примјена права је прихваћена на социјалном, легалном и политичком нивоу као проблем са потенцијалом да уништи повјерење у кривични правосудни систем³⁹.

Veitch сматра да је „право на правично саслушање у савршеној вези са реалности неправде у демократском друштву“. Он сматра да ово „у кључном смислу“ значи да „значај правичног суђења у неправичном друштву има сличан ефекат као неправично суђење у неправичном друштву“⁴⁰. Сваки покушај да се легитимише кривична правда кроз примјену правичности суђења, мора бити у могућности да смањи разлику између материјалног права и његове примјене⁴¹.

Моћ коју посједује процесно право да ограничи кривичне процесе, не успијева да види повезаност између кривичног права, кривичног процесног права и процесних права и могућности сваког дијела кривичног процеса или да се уклопи са осталим правима⁴². Док се

³⁷ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 174.

³⁸ *Ibidem*, стр. 175.

³⁹ *Ibidem*, стр. 176.

⁴⁰ Veitch, S., *Judgement and Calling to Account: Truth, Trials, and Reconciliation in Duff, R.A., Farmer, L., Marshall, S. and Tadros V. (eds), The Trial on Trial II: Judgment and Calling to Account*, Oxford, “Hart Publishing”, 2006.

⁴¹ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 177.

⁴² *Ibidem*.

судски уставни тип прописа заснива на регулисању процесних права, постоји могућност мијешања у начине и контекст у којима ова права могу да се примјењују⁴³. Ово ствара дебаланс који негативно утиче на процесна права и на потенцијал правичних процедура и има озбиљан утицај на разумијевање кривичне правичности⁴⁴.

Члан 6 Европске конвенције и европска кривична процесна традиција

Преовладавајући утисак заснован на академској литератури о компаративном кривичном процесном праву јесте да оно представља дисциплину која се бави разумијевањем кривичних процеса као фундаменталних подјела унутар двије доминантне правне традиције⁴⁵. Ово је и даље случај упркос постојања члана 6 Европске конвенције као најбитнијег обиљежја за разумијевање правичности кривичних процеса. Ипак, широка европска примјена члана 6 имплицира да процесне разлике нису, у ствари, толико битне као што се обично мисли. Успјех члана 6 је објашњен, с једне стране, смањењем разлика у процесним системима земаља чланица, док, с друге стране, одражава захтјев за неутралношћу у примјени члана 6 - у случају да се појаве значајне разлике⁴⁶. Други сматрају да успјех члана 6 може бити додат чињеници да се од земаља чланица захтијева да ускладе њихове процесе у складу са оним што је описано као нови модел доказивања⁴⁷.

Jackson је настанак тог модела доказивања идентификовао у судској пракси: „Као што Европски суд исправља и развија своју визију у процесу доказивања у свјетлу модерних услова и доводи кривичне процесе изнад традиционалних граница адверсарно/инквизиторног дискурса, тако и европске државе дају разумну слободу маневрисања у схватању њихових процеса и поштовања права одбране“⁴⁸. Према *Jackson*-у, земље чланице су охрабрене праксом Европског суда да преуреди њихове процесне системе у циљу промјене права оптуженог.

⁴³ Dubber, M. D., *Towards a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 2004, 33, “Hastings Law Journal” 509.

⁴⁴ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 177.

⁴⁵ *Ibidem*, стр. 178.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Jackson, J.D., *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment*, 2005, 68 MLR 737, at 747.

⁴⁸ *Ibidem*, стр. 763

Из овога проистиче разумијевање Европског суда као новог утицаја, способног да промијени старе процесне традиције. Изгледа да је неизбежно да пракса Суда утиче на процесне системе земаља чланица. Питање је величина овог утицаја – до које мјере ова права могу да обликују процесе или да утичу на моћ државних власти?⁴⁹

Постоји евидентна тенденција и у пракси Европског суда и у текстовима многих коментатора да се сагледају принципи одређени у члану 6 као аутономни концепти, који постоје изван социо-историјског контекста који типично служи да ограничи националне процесне системе⁵⁰. Анализа списка европских правника из деветнаестог вијека сугерише да су се права одбране, која су била далеко од достигнућа средином двадесетог вијека, развила много раније. Идентификација европске кривичнопроцесне традиције не само да наглашава кључни утицај институционалне улоге одбране, него такође изазива сумњу у поузданост многих садашњих докумената о европском упоредном кривичном процесном праву.

Разлике у дефиницијама правичности од стране Европског суда су видљиве и у немогућности да се дефинишу озбиљна институционална правила у различитим европским кривичнопроцесним системима. Постоји сумња да кохерентност и конзистентност процесне правичности може да буде поправљена кроз прихватање везе између адверсарне процедуре и доктрине једнакости оружја у акузаторном тројству⁵¹. Друкчији приступ регулисању правичности код европских кривичних суђења захтијева признавање и европске процесне традиције и заједничких институционалних вриједности које они примјењују⁵².

Ово не мора увијек да буде велики проблем. Заиста, неке од ових вриједности, нарочито јавност суђења, су већ прихваћене и примјењиване широм Европе и одређене су у члану 6 Европске конвенције. Немогућност примјене ових захтјева код испитивања доказа и оптужбе тужиоца може да допринесе забринутости различитих институција које се занимају за одређена питања кривичног правосудног система. Тако, изгледа немогуће да се у европској процесној традицији усклађује концепт тужоачевог извођења или надгледања доказа.

Интерпретација Европског суда у погледу права на конфронтацију је слична ширем неуспјеху да се одреде услови везе између

⁴⁹ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 179.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, стр. 180.

⁵² *Ibidem*.

суђења и истражне фазе. Истрага је призната широм Европе као важан аспект кривичне процедуре, што је разликује од суђења. Европска процесна традиција сугерише да кривичне процедуре морају да буду примјењиване у двије различите фазе, свака вођена од стране своје регулаторне структуре. Прихватање карактеризације кривичних процедура као усмених суђења и тајних истраживања, не само да нарушава правила суђења, него такође и оне принципе који постоје да би регулисали истрагу⁵³.

С друге стране, садашња регулација истраге од стране Европског суда је некохерентна⁵⁴. Неадекватност *status quo*-а је демонстрирана резонавањем у судској пракси о улози браниоца у истражној фази. Дobar примјер ове методологије је јасно видљив у суђењу *John Murray v United Kingdom*, гдје се апликант жалио да је неуспјех да му се дозволи приступ браниоцу у истражној фази процеса, нарушио његово право на фер суђење. Према Европском суду, „Национални закони могу изазвати штету ставу оптуженог у првим фазама полицијског саслушања који су одређујући за напредовање одбране у свим каснијим кривичним процесима. У оваквим околностима члан 6 ће нормално захтијевати да се оптуженом дозволи да има користи од асистирања адвоката у првој фази полицијске истраге. Међутим, ово право које није одређено у Конвенцији, може да изазове рестрикције за добро образложење. Питање је, у сваком случају, да ли ове рестрикције, у свјетлу цјелокупних процедура, нарушавају права оптуженог на фер саслушање“⁵⁵.

Проблем је тај што понашање осумњиченог одмах након хапшења увијек има посљедице⁵⁶. Европски суд, међутим, ово не прихвата. Иако је ово утицало на жалбу *Johna Murray*-а, постоји несумњиво неколико других примјера који показују да чињеница да апликанту није био дозвољен приступ браниоцу приликом хапшења, није имала утицај

⁵³ *Ibidem*, стр. 181.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *John Murray v United Kingdom*, judgment of 8 Feb 1996, Reports 1996–1, 30 (1996) EHRR 29, at para 63.

⁵⁶ Trechsel, S., *op. cit.*, стр. 283.

на рјешавање правичности суђења⁵⁷. Као резултат, готово је немогуће у пракси Европског суда наћи када право на браниоца заправо настаје⁵⁸.

Штавише, одлука у случају *John Murray* демонстрира како приступ Европског суда регулисању предсудске фазе, у принципу, укључује правичност суђења. Ово се такође види у случају *Imbrioscia* гдје је одређено да члан 6 „може да се примјењује прије него што почне суђење - ако и док правичност суђења може да буде под озбиљним утицајем неуспјеха да се оно оствари“⁵⁹. Овај тест је неадекватан из неколико разлога. Прво, он је ретроспективан: одређивање да ли су истражне могућности прихватљиве и могуће, врши се само кроз хипотетичку процјену ефеката будуће правичности или кроз ретроспективно испитивање утицаја истражних фактора на правичност суђења⁶⁰. Ово ствара малу корист за кривично правосуђе који тражи руковођење у управљању кривичним поступком. Друго, такво пропуштање има за посљедицу систематски утицај на правичност у истражној фази - у односу на правичност суђења⁶¹.

Двосмисленост у регулацији истражне фазе може представљати и проблем приступа браниоцу. Ово је резултат дијелом и због недостатака у тексту члана 6 Европске конвенције који не садржи одредбе о регулацији истражне фазе. Логичније објашњење разлика везаних за форму суђења и истрагу је и у посљедицама природе права која се захтијевају у тим фазама. Већи проблем (нарочито у објашњењу чињенице да тензије између суђења и фазе истраге су постојале још од настанка модерног система европског кривичног процесног права) јесте да подрегулисање фазе истраге није довољно и предвидиво, али представља систематско наглашавање приоритета и ефективности суђења злочинцима над важности адверсарног концепта правичности и легитимности кривичног процесног система⁶². Ове сугестије значе да наглашавање поштеног суђења постаје кључно у преусмјеравању пажње од неправичности у најважнијем дијелу процеса, посебно ис-

⁵⁷ Видјети *Brennen v United Kingdom*, no 39846/98, ECHR 2001–X, 211 (2002) 12 EHRR 217, гдје је чињеница да оптужени није раније имао адвоката условила многе мјере предузете од стране власти. Европски суд је заузео становиште да оптужени има право на помоћ браниоца којег он жели.

⁵⁸ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 181.

⁴³ *Imbrioscia v Switzerland*, judgment of 24 Nov 1993, Series A no 275, (1994) 17 EHRR 441, na str. 36.

⁶⁰ Summers, J. S., *op. cit.*, стр. 182.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

трази. Ово даје разлог за чешће доношење закључка да прихватање правичности модерног европског кривичног суђења у многоме зависи од неправичности истраге.

Треба, такође, имати у виду чињеницу да је Европска конвенција базирана на индивидуалним људским правима и личној аутономији и да принципи члана 6 ове конвенције нису и не могу бити примијењени као изоловани. Границе било ког права зависе од окружења у коме се та права изводе. Циљ обезбјеђења конзистентне примјене ових права може бити остварен само ако постоји узимање у обзир институционалног контекста⁶³. Даље, Европски суд је усвојио институционалне концепте суђења који су конзистентни са европском кривичном процесном традицијом. Зато је немогуће игнорисати утицај процесних традиција, не само у тексту члана 6 Конвенције, него и у његовој интерпретацији у пракси Европског суда.

Развој институционалног разумијевања правичности у кривичном поступку

Испитивање рада европских судија из деветнаестог вијека открива разумијевање институционалних основа кривичних процедура које је кључно не само за коректно функционисање права одбране, него и за разумијевање процесне правичности у модерним европским кривичним поступцима. Идентификација типа европске кривичне процесне традиције налаже да се доња граница разлика у регулисању кривичних процедура чврсто налази у договору како он треба да се примјењује. Сазнање ове традиције представља први битан корак у побољшању и примјени члана 6 Европске конвенције и европског концепта правичног суђења.

Институционално разумијевање кривичних процедура, међутим, има потенцијал да направи нешто више него само основе на којима је конструисана стандардизована европска идеја о процесној правичности. Такође, обезбјеђује ново ограничење у размишљању о кривичним поступцима као значајним за одржавање једнакости између одбране и оптужбе, а не само једноставних права оптуженог. С друге стране, међутим, немогућност да адекватно регулише истрагу и истражну фазу процеса, може да буде симптом немогућности да се потпуно обезбиједи институционално разумијевање процесне правичности. Овакво разумијевање намеће потребу признавања не само капацитета права дебаланса институција, него такође генерално међузависности природе процесних закона, процесних права и кривичног права⁶⁴.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, стр. 184.

Miodrag N. Simović
Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka and
President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

*EXPLAINING THE INVESTIGATION PHASE LACUNA IN CRIMINAL
PROCEEDINGS AND REASSESSING FAIRNESS IN EUROPEAN
CRIMINAL LAW*

Summary

The reason for the investigation phase lacuna lies partly in the drafting of the text of Article 6. There can be no doubt that the provision is clearly orientated towards the trial at the expense of the investigation phase, which is almost entirely ignored. If this seems to represent a rather trial-based, perhaps even Anglo-Saxon, approach to criminal procedure, this can perhaps, at least in part, be explained by the drafting process. The travaux preparatoires show that originally the provisions concerning both legality of detention and the right to a fair trial were combined, in rather vague terms, in one provision: „3a) No one shall be subject to arbitrary arrest, detention or exile. b) Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him”.

There can be little doubt that fairness in criminal proceedings has become synonymous with procedural rights, and more specifically with ensuring that those accused of criminal offences have an adequate opportunity to exercise certain rights. Those charged with a criminal offence have the „right” to a fair trial, the „right” to present evidence in their defence and the „right” to remain silent. Even in legal systems such as those of the United Kingdom, where theorising in terms of rights was traditionally unpopular, scholars have increasingly turned to considering the „advantages of conceptualizing the criminal process in terms of rights in general and human rights in particular”.

Key words: *fairness, equality of arms, adversarial procedure, oral proceedings, impartial trial, privilege against self-incrimination, substantive law, examine witnesses.*

