

Судска надлежност и изузеће судије

(ЧЛАНОВИ 21—42)

Судска надлежност

Судска надлежност регулисана је главом II (чланови 21—36) новог Законика о кривичном поступку. Састав суда (судска већа и судија појединац) регулисани су члановима 22 и 23 Као и у старом Законику, прописано је као правило да се суђење одвија пред већем.⁷ Зборност у суђењу (суђење у судском већу), као уставно начело, јесте основ организације судова у домаћем правосудном систему, изузев за суђење у првом степену за лакша кривична дела, када суди судија појединац (скраћени поступак).

У првом степену суд суди у већу. Судија појединац у првом степену суди само за кривична дела за која је прописана новчана казна, или казна затвора до осам година.⁸

Састав већа и број чланова већа зависи од тежине и врсте кривичног дела. У првом степену суд суди у трочланом или петочланом већу. Судска већа су увек мешовита. Трочлана већа, састављена од судије професионалца и двоје судија поротника, суде за кривична дела за која је прописана казна затвора преко осам, а до двадесет година. Највећи број кривичних дела спада у ову категорију, тако да је најчешћи састав већа трочлани. Петочлана већа, састављена од двојице судија професионалаца и троје судија поротника, суде за кривична дела за која је забрањена казна затвора између тридесет и четрдесет година. Мешовитим већем увек председава судија професионалац. Једини изузетак од мешовитих већа је када је посебним законом прописано да за одређена кривична дела поступа тужилаштво посебне надлежности и у тим случајевима већа су трочлана и чини их троје судија професионалаца.

7 М. Шкулић, Г. Илић, *Водич за примену новог Законика о кривичном поступку*, Параграф, Београд, 2013.

8 Члан 22 ЗКП.

У другом степену суд увек суди у већу које чине искључиво судије професионалци. Веће од троје судија професионалаца поступа у другом степену за кривична дела за која је прописана казна затвора, преко осам, а до двадесет година, осим ако самим Законом није другачије предвиђено. Веће од пет судија професионалаца суди у другом степену за кривична дела за која је прописана казна од тридесет до четрдесет година затвора и за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа тужилаштво посебне надлежности.

У трећем степену суд суди у трочланом и петочланом већу, које је састављено искључиво од судија професионалаца. Бројчани састав већа уређен је према идентичном критеријуму везаном за тежину и врсту кривичног дела која је предмет поступка, као и у другом степену.

Законик уређује и улогу ванрасправног (ванпретресног) већа, које је сачињено од троје судија професионалаца. Ванпретресно веће одлучује: о жалбама против решења судије за претходни поступак и других решења у складу са овим Законом; доноси одлуке ван главног претреса; ставља предлоге у случајевима предвиђеним у овом Законику или у другом закону.

Поред судије појединца који суди за кривична дела за која је прописана новчана казна и казна затвора до осам година, законик познаје и судију за претходни поступак, који одлучује у предистражном поступку и истрази, и судију за извршење кривичних санкција, који одлучује о поступку извршења кривичних санкција.

Месна надлежност суда регулисана је члановима 23—29 Законика. У основи овог института налази се решавање питања, који ће од више стварно надлежних судова бити дужан и овлашћен да поступа у одређеној кривичној ствари. Назив института долази од основног критеријума по којем се ово питање решава, односно по месту извршења дела, па тако Законик о кривичном поступку одређује да је, по правилу, месно надлежан суд на чијем подручју је кривично дело извршено или покушано.

Месна надлежност одређује се према месту извршења кривичног дела; пребивалишту или боравишту окривљеног; или месту рођења, хапшења или самопријављивања окривљеног. У случају да се према одредбама овог законика не може установити који је суд месно надлежан, Врховни касациони суд одредиће један од стварно надлежних судова пред којим ће се спровести кривични поступак (одређена надлежност).

По правилу, месно је надлежан суд на чијем подручју је извршено или покушано кривично дело (примарна надлежност). Уколико је кривично дело извршено или покушано на подручју разних судова, на граници тих подручја, или је неизвесно на ком је подручју извршено или покушано, надлежан је суд на чијем подручју је прво покренут кривични поступак (надлежност првенства).

Месно надлежан је суд на чијем подручју окривљени има пребивалиште или боравиште, у случају да није познато место извршења кривичног дела, или је кривично

дело извршено ван територије Србије. Такође, приватна тужба се може поднети и суду на чијем подручју окривљени има пребивалиште или боравиште.

Месно надлежан је суд према месту рођења окривљеног, или месту где буде ухапшен или се сам пријави, само у случају да није познато ни место извршења кривичног дела, ни пребивалиште или боравиште окривљеног, или су и пребивалиште и боравиште ван територије Србије. Такође, Закоником се уређују и ситуације, односно регулише месна надлежност када је кривично дело извршено на домаћем броду и ваздухоплову, путем средстава јавног информисања, и ако је кривично дело извршено и у Србији и у иностранству.

Ако је кривично дело извршено на домаћем броду, или домаћем ваздухоплову док се налази у домаћем пристаништу, надлежан је суд на чијем подручју се налази то пристаниште. У свим осталим случајевима надлежан је суд на чијем се подручју налази матична лука брода, односно ваздухоплова, или домаће пристаниште у коме се брод, односно ваздухоплов први пут заустави.

За кривична дела извршена путем средстава јавног информисања, надлежан је суд на чијем подручју се налази седиште јавног гласила. Уколико није познато седиште јавног гласила, или се налази у иностранству, надлежан је суд на чијем подручју је објављена информација. У случају да по закону одговара аутор информације, надлежан је и суд места у коме аутор има пребивалиште или боравиште, или суд места где се десио догађај на који се односи информација. Наведено решење важи и ако се ради о делу учињеном путем радија, телевизије, или других средстава јавног информисања.

У случају када је неко лице извршило кривична дела у Републици Србији и у иностранству, надлежан је суд који је надлежан за кривично дело извршено у Републици Србији.

2. Спајање и раздвајање кривичног поступка

Спајање и раздвајање кривичног поступка регулисано је члановима 30—31 Законика. Кривични поступак ће се по правилу спојити у јединствени:

1. ако је исто лице окривљено за више кривичних дела;
2. ако је више лица окривљено за једно кривично дело;
3. према саучесницима, прикривачима, лицима која су помогла учиниоцу после извршења кривичног дела, као и лицима која нису пријавила припремање кривичног дела, извршење кривичног дела или учиниоца;
4. ако је оштећени истовремено учинио кривично дело према окривљеном.

За разлику од горе наведене ситуације, када по правилу долази до спајања кривичног поступка, кривични поступак се може спојити у јединствени и у случају када је више лица окривљено за више кривичних дела. Спајање кривичног поступка када

је више лица окривљено за више кривичних дела, могуће је само ако између извршених кривичних дела постоји међусобна веза и ако постоје исти докази.

За спровођење јединственог кривичног поступка увек је надлежан виши суд, уколико је за нека од дела надлежан нижи, а за нека виши суд. О спајању кривичног поступка одлучује суд који је надлежан за спровођење јединственог поступка.

Кад је у питању раздвајање кривичног поступка, одлуку доноси суд који је надлежан по Законнику, на основу предлога странака и браниоца, или по службеној дужности. Разлози због којих суд може раздвојити кривични поступак су правичност, целисходност или други важан разлог. Одлука о раздвајању за поједина кривична дела, или против појединих окривљених се доноси до завршетка главног претреса.

Решење којим је одређено раздвајање кривичног поступка, или је одбијен предлог за раздвајање поступка, суд доноси након саслушања присутног тужиоца и окривљеног. Против решења којим је одређено спајање поступка, или којим је одбијен предлог за спајање, није дозвољена жалба, као ни против решења о раздвајању поступка.

Преношење месне надлежности регулисано је члановима 32—33 Законика. Непосредно виши суд доноси решење којим одређује други стварно надлежан суд на свом подручју, када је надлежни суд из правних или стварних разлога спречен да поступа. Надлежни суд који је спречен да поступа дужан је да о томе извести непосредно виши суд. Жалба против решења о преношењу надлежности није дозвољена.

Одредбом члана 33. прописано је да Врховни касациони суд може за вођење кривичног поступка одредити други стварно надлежни суд, ако је очигледно да ће се тако лакше спровести поступак, или ако постоје други важни разлози (разлози целисходности). О преношењу месне надлежности из разлога целисходности, Врховни касациони суд одлучује на предлог судије за претходни поступак, судије појединца или председника већа.

Кривично одељење Врховног касационог суда донело је 2. децембра 2010. године, правно схватање о преношењу месне надлежности, из разлога целисходности у скраћеном поступку, када је поднет предлог за предузимање одређених истражних радњи. Према наведеном правном схватању „са аспекта лакшег и бржег спровођења поступка, потпуно је небитно да ли је кривични поступак покренут или није, јер је циљ одредбе лакше спровођење поступка, дакле комплетног поступка па и оног који претходи кривичном поступку”.

Оцена и сукоб надлежности регулисани су члановима 34—36 Законика. Суд је дужан да пази на своју стварну и месну надлежност и да се, чим примети да није надлежан, решењем огласи ненадлежним и да по правоснажности тог решења, предмет упути надлежном суду. Суд који се огласио ненадлежним дужан је да предузме оне радње у поступку за које постоји опасност од одлагања. Ако је решењем одређено

да предмет буде додељен непосредно вишем суду, о жалби против решења одлучује заједнички непосредно виши суд.

У пракси је могућа ситуација да два, или више судова истог ранга сматрају да су надлежни за суђење (позитивни сукоб надлежности), или да два или више судова истог ранга одбијају да суде сматрајући да су ненадлежни (негативни сукоб надлежности) за суђење.

Уколико током главног претреса суд установи да је за суђење надлежан нижи суд, неће упутити предмет том суду, него ће сам спровести поступак и донети одлуку. Суд се не може огласити месно ненадлежним после потврђивања оптужнице, нити странке могу истицати приговор месне ненадлежности.

Сукоб надлежности постоји у случају када суд коме је, као надлежном предмет уступљен, сматра да је стварно или месно, надлежан суд који му је предмет уступио или неки други суд. Суд који сматра да је ненадлежан покренуће поступак за решавање сукоба надлежности.

Решење о сукобу надлежности доноси: непосредно виши заједнички суд између којих сукоб надлежности постоји; апелациони суд за сукоб надлежности између посебних одељења вишег суда са своје територије, или посебног и другог одељења тог вишег суда; Врховни касациони суд за сукоб надлежности између посебних одељења истог апелационог суда, или посебног одељења и другог одељења тог апелационог суда.

Поступак за решавање сукоба надлежности не може се покренути ако је одлуку о основаности жалбе против решења о оцени надлежности⁹ донео суд који би био надлежан за решавање сукоба надлежности. Пре него што донесе решење поводом сукоба надлежности, суд ће затражити мишљење јавног тужиоца по чијем захтеву се води поступак пред тим судом или посебним одељењем. Против решења донетог поводом сукоба надлежности жалба није дозвољена.

Приликом одлучивања о сукобу надлежности Врховни касациони суд може по службеној дужности донети и одлуку о преношењу месне надлежности ако су испуњени разлози целисходности, односно ако је очигледно да ће се тако лакше спровести поступак, или ако постоје други важни разлози.

Док се не реши сукоб надлежности између судова, сваки од њих је дужан да предузима оне радње у поступку за које постоји опасност од одлагања.

9 Члан 34 став 1 Законика.

3. Изузеће судије

Институт изузећа судије требало би да обезбеди остваривање права на непристрасан суд, а установљен је с циљем да доприноси објективности у раду и одлучивању суда. На овај начин спречава се да у одређеном предмету одлуку донесе судија чија је непристрасност доведена у сумњу. Такође, овим институтом се из поступка удаљавају поред судије и друга лица (судије поротници, председник суда, јавни тужилац и његови заменици, записничари, тумачи, вештаци и стручна лица) када постоје разлози који доводе у сумњу њихову објективност.

И стари и нови Законик о кривичном поступку, предвиђају обавезно и факултативно изузеће. Изузеће је регулисано у посебној глави новог Законика о кривичном поступку, члановима 37—42. Чланом 37 Законика предвиђено је у којим случајевима ће судија и судија поротник бити изузети, а остављена је могућност да могу бити изузети од судијске дужности у одређеном предмету ако постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност.

3.1. Разлози за изузеће

Законодавац полази од чињенице да постоје ситуације у којима је извесна могућност да судија неће бити потпуно непристрасан, односно полази од тога да одређене чињенице по правилу могу да воде пристрасном односу према случају. Законодавац таксативно набраја ситуације за које је предвиђено обавезно изузеће. С обзиром да увек постоје ситуације које могу указивати на то да је непристрасност доведена у питање, а које нису обухваћене разлозима за обавезно изузеће, предвиђа се факултативно изузеће, односно могућност да судија буде изузет.

На постојање разлога за обавезно изузеће, пази и председник већа, као и сам судија, који треба да поднесе иницијативу.

У случајевима у којима је предвиђено обавезно изузеће, законодавац то чини јер постоји велика вероватноћа да је непристрасност судије доведена у сумњу:

1. ако је оштећен кривичним делом;
2. ако му је окривљени, његов бранилац, тужилац, оштећени, њихов законски заступник или пуномоћник, брачни друг или лице са којим живи у ванбрачној, или другој трајној заједници живота, или сродник по крви у правој линији до било ког степена, у побочној линији до четвртог степена, а по тазбини до другог степена;
3. ако је са окривљеним, његовим браниоцем, тужиоцем или оштећеним у односу старатеља, штићеника, усвојитеља, усвојеника, хранитеља или храњеника;
4. ако је у истом предмету поступао као судија за претходни поступак, или је одлучивао о потврђивању оптужнице, ако је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком, ако је учествовао у поступку као тужилац, бранилац, законски заступник или пуномоћник

оштећеног, односно тужиоца, ако је саслушан као сведок, или као вештак, ако овим законом није другачије прописано.

У ситуацији када је судија оштећен кривичним делом, он треба бити непосредно оштећен радњом за коју у поступку треба да оцени да ли је кривично дело или не.

Други разлог за изузеће постоји када је судија у одређеном блиском породичном односу са неким од учесника у поступку (окривљени, његов бранилац, тужилац, оштећени, њихов законски заступник или пуномоћник). Нови ЗКП, у складу са Породичним законом, изједначава брачну са ванбрачном заједницом и другом трајном заједницом живота.

Обавезан основ за изузеће постоји и када између окривљеног, његовог браниоца, тужиоца или оштећеног и судије постоји однос у којем је једно од тих лица другом старатељ, усвојилац или хранитељ, односно штићеник, усвојеник, храњеник.

Обавезно се мора изузети и судија који је у истом предмету учествовао у поступку као судија за претходни поступак, или је одлучивао о потврђивању оптужнице, као тужилац, бранилац, законски заступник или пуномоћник оштећеног, односно тужиоца, или је саслушан као сведок или као вештак. Овом одредбом жели се избећи ситуација у којој долази до мешања процесних функција. Видеће се и из приказа праксе Европског суда за људска права, колико је сложено у сваком одређеном случају проценити да ли је потребно изузети судију, или не. Такође, предвиђа се као обавезан основ за изузеће и ако је судија учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком.

Када је у питању мешање улоге судије и улоге сведока и вештака, Закон је јасан и предвиђа да је судија морао бити саслушан као сведок или као вештак. Није довољно да је позван, већ да је заиста и дао исказ као сведок, односно вештак.

Све што није изричито предвиђено у тачкама 1—4 члана 37 као обавезан основ, може се истаћи у захтеву само као факултативни основ. Код факултативног изузећа се не поставља само питање да ли одређене чињенице постоје, већ је потребно да оне изазивају сумњу у непристрасност судије. Да ли ће у конкретном случају факултативног изузећа, судија бити изузет, зависи од основа и оцене надлежног органа тих чињеница као индикатора непристрасности.

Да би судија био изузет увек је потребан одговарајући акт органа који одлучује о изузећу. Уколико постоји неки од обавезних основа за изузеће, судија или судија-поротник има дужност да по сазнању обавести председника суда о томе и дужан је да прекине сваки рад на том предмету.¹⁰ Председник суда ће га решењем изузети и одредити да се предмет додели другом судији по редоследу. Судија или судија-поротник обавештава председника суда о томе да сматра да постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност (факултативни основ).

10 Члан 38 ЗКП.

Странке (тузилац и окривљени) и бранилац могу увек, али након почетка главног претреса, одмах по сазнању, истаћи неки од основа у свом захтеву.¹¹

Судија или судија-поротник који сазна да је поднет захтев за његово изузеће у коме се истиче обавезан основ за изузеће, дужан је да одмах обустави сваки рад на предмету.¹² Када је у захтеву истакнуто постојање факултативног основа за изузеће, судија може до доношења решења о захтеву, предузимати само оне радње за које постоји опасност од одлагања. Судија који се изузима због постајања обавезног основа, мора се уздржати од сваке, па и неодложне процесне радње.

О захтеву за изузеће одлучује председник суда, односно председник непосредно вишег суда уколико се захтев за изузеће односи на председника суда. Уколико се тражи изузеће председника Врховног касационог суда, одлуку о изузећу доноси Општа седница. Пре доношења решења о изузећу, прибавиће се изјава судије, судије-поротника, односно председника суда, а по потреби спровешће се и друге радње.¹³ Жалба је могућа само онда када је захтев одбијен, а не и када је усвојен. Решење којим се захтев за изузеће одбија, може се побијати посебном жалбом, о којој одлучује апелациони суд, а ако је такво решење донесено после подигнуте оптужбе, онда само жалбом на пресуду.

Ако захтев за изузеће председника суда, судије или судије-поротника није поднет благовремено, или ако не садржи поименице чије изузеће и због чега се захтева, биће одбачен у целини, или делимично. Против решења којим се захтев одбацује није дозвољена жалба.¹⁴

Одредбе о изузећу судија и судија-поротника сходно се примењују и на јавне тужиоце и лица која су на основу закона овлашћена да замењују јавног тужиоца у поступку, записничаре, преводиоце, тумаче и стручна лица, као и на вештаке.

О изузећу заменика јавног тужиоца одлучује јавни тужилац, а о изузећу јавног тужиоца одлучује непосредно виши тужилац. О изузећу Републичког јавног тужиоца одлучује Државно веће тужилаца по прибављеном мишљењу Колегијума Републичког јавног тужилаштва. Овим решењем је нарушена аналогија са Врховним касационим судом, као највишом судском инстанцом, где о изузећу председника Врховног касационог суда одлучује Општа седница, а не Високи савет судства.

О изузећу записничара, преводиоца, тумача, стручног лица и вештака, одлучује јавни тужилац, или суд. Кад овлашћена службена лица полиције предузимају доказне радње на основу овог законика, о њиховом изузећу одлучује јавни тужилац. Ако приликом предузимања ових радњи учествује записничар, о његовом изузећу одлучује овлашћено службено лице полиције које предузима радњу.

11 Члан 39 ЗКП.

12 Члан 40 ЗКП.

13 Члан 41 ЗКП.

14 Члан 41 став 7 ЗКП.

3.2. Пракса Европског суда за људска права

На европском нивоу, право на независни и непристрасни суд зајамчено је чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права („1. Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. ...”). Судска пракса Европског суда за људска права (ЕСЉП) посебно осветљава извештај број важних аспеката судске непристрасности.

У пракси Европског суда за људска права небројено пута разматране су представке везане за непристрасност и независност из члана 6. Европске конвенције. У већини предмета у питању је учешће исте особе у различитим функцијама током кривичног поступка. Европски суд дао је посебан значај потреби за објективним приступом.¹⁵

У предмету *Межнарић против Хрватске*¹⁶ Европски суд за људска права (ЕСЉП) утврдио је повреду члана 6 став 1 Европске конвенције за људска права на основу чињенице да је судија Уставног суда Хрватске заступао другу страну у ранијој фази поступка, у односу на подносиоца уставне тужбе. У § 29 предмета Межнарић, ЕСЉП рекапитулира своју ранију праксу везану за члан 6 став 1 Европске конвенције. Према добро утврђеном правном схватању тог суда, непристрасност се одређује на основу субјективног и објективног теста. Субјективним тестом проверава се да ли је судија који одлучује у предмету пристрасан због неких личних предра-суда или других разлога. Објективним тестом утврђује се да ли суд пружа довољно гаранција које искључују сваку легитимну сумњу у непристрасност. При објективној процени да ли постоје легитимни разлози за постојање страха у непристрасност, било је неопходно да се Суд подсети на чињеницу да судија који је поступао у различитим капацитетима у истом предмету, у одређеним околностима може да угрози непристрасност суда. Спорна ранија укљученост судије у предмету била је мала и пре доста времена, с обзиром да је судија заступао противнике подносиоца представке само два месеца, а скоро девет година пре одлуке Уставног суда. Међутим, судија је имао двоструку улогу у случају: прво као заступник тужиоца у главном предмету, а затим је одлучивао о уставној жалби подносиоца представке. Ова двострука улога у једном предмету, појачана је и чињеницом да је ћерка судије учествовала као заступник тужиоца, што је утицало на настанак ситуације која може да произведе оправдану (легитимну) сумњу у непристрасност судије.

Као потврду своје праксе ЕСЉП наводи предмете *Fey protiv Austrije*¹⁷ и *Wettstein protiv Švajcarske*¹⁸. Према схватању ЕСЉП, у сваком појединачном случају потребно је одлучити, да ли је однос у питању такве природе и степена да указује на недотатак непристрасности суда (*Pullar protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁹).

15 De Cubber protiv Belgije, представка број 9186/80, пресуда од 26. октобра 1984. године, параграф 26.

16 Представка број 71615/01, пресуда од 30. новембра 2005. године.

17 Представка број 14396/88, пресуда од 24. фебруара 1993. године.

18 Представка број 33958/96, пресуда од 21. децембра 2000. године.

19 Представка број 22399/93, пресуда од 10. јуна 1996. године.

У предмету *Hauschildt protiv Danske*²⁰ радило се о ситуацији где је исти судија учествовао у истрази и у главном претресу, при чему је учествовао у доношењу одлука о притвору, заплени писама, одређивању смештаја у самицу. ЕСЉП утврдио је повреду члана 6. став 1. али не због тога што је судија учествовао у доношењу одлука у фази која претходи главној расправи, већ из разлога што је исти судија чак 15 пута одлучивао о продужењу притвора и смештају у самицу (*Hauschildt*, § 20). Што се тиче евентуалне пристрасности која би произилазила из учешћа судије у правном већу, у доношењу одлука пре главне расправе, закључак ЕСЉП је другачији. ЕСЉП истиче да с обзиром да је дански правни систем акузаторни, одлуке које претходе главној расправи заснивају се на захтевима тужилаштва и полиције, док сам судија обавља независну функцију одлучивања о њима. Другим речима судија није ангажован на начин да заступа интересе једне од странака у поступку тј. тужилаштва. У поступку који претходи главној расправи (предистрази и истрази) подносилац захтева могао се изјаснити пред судом о захтевима тужилаштва. Из тог разлога ЕСЉП сматра да природа функције коју је судија обављао у фази која претходи главној расправи, сама по себи не доводи до закључка о пристрасности судије. Управо из овог предмета следи да чак и чињеница да је судија који одлучује у меритуму предмета учествовао у доношењу одлука пре главне расправе, сама по себи није довољна да би се извео закључак о његовој пристрасности, већ морају постојати додатне околности које на то упућују (§ 50 пресуде).

ЕСЉП је јасно ставио до знања да се мора повићи сваки судија за кога постоји легитимни разлог да се посумња у његову, или њену објективност (*Piersack protiv Belgije*, став 30, *Nortier*, став 33, *Hauschildt*, став 48.). Ово начело Суд је још једном нагласио у предмету *Sigurdson protiv Islanda*.²¹ Муж једне од судија, која је одлучивала о тужби, подносиоца представке против неке банке, имао је финансијске везе с том банком. Ти повољни аранжмани навели су Европски суд да закључи да, мада није било ничега што би представљало наговештај стварне пристрасности, притужбе које је подносилац представке изнео у погледу одсуства објективне непристрасности јесу оправдане па је из тих разлога, дошло до кршења члана 6.

У предмету *Fey protiv Austrije*, ЕСЉП је применио исто схватање и у оквирима аустријског инквизиторног система. Што се тиче теста објективности, ЕСЉП је у предмету *Fey protiv Austrije* саопштио да, према тесту објективности, мора бити установљено да ли, без обзира на лично понашање судије, постоје проверљиве чињенице које могу послужити као основ за сумњу у судијску непристрасност.²² У том смислу, чак и појавни облици понашања могу имати извештајни значај. Овде се ради о поверењу које у демократском друштву судови морају побуђивати у јавности и,

20 Представка број 10486/83, пресуда од 24. маја 1989. године.

21 *Sigurdsson protiv Islanda*, Представка број 39731/98, пресуда од 10. априла 2003.

22 „према тесту објективности, мора бити утврђено да ли је, потпуно одвојено од личног понашања судије, било доказивих чињеница које могу узроковати сумњу у његову непристрасност. У овом погледу, чак и утисак који судија оставља може имати извештајни значај. Оно што је овде важно јесте поверење које судови у демократском друштву морају уливати јавности и, изнад свега, када су у питању кривични поступци, поверење које уливају самом оптуженом. То значи да код одлучивања о томе да ли у неком конкретном случају постоји оправдани разлог за страх да одређени судија није непристрасан, став окривљеног јесте важан, али није одлучујући. Оно што је одлучујуће јесте да ли се такав страх може сматрати објективно оправданим.“

пре свега, када је реч о кривичним поступцима, поверењу које у њега морају имати оптужени. То подразумева да приликом одлучивања о томе да ли у датом предмету постоји легитимни разлог за страховање да одређени судија није непристрасан, становиште оптуженог јесте важно, али није одлучујуће. Одлучујуће је да ли се тај његов страх може сматрати објективно оправданим. Позивајући се на пресуду у предмету *Hauschildt protiv Danske*, ЕСЉП је закључио да исти разлози морају „бити релевантни и у системима инквизиторне природе, попут аустријског” (§ 30 пресуде). Оно што је по схватању суда битно су „обим и природа мера које предузима судија пре главне расправе”. Другим речима, докле год је улога судије довољно одвојена од улоге тужилаштва, неће бити повреде члана 6 став 1, као што је није било ни у овом предмету.

У пресуди *De Haan protiv Holandije*²³, повреда члана 6. став 1. заснивала се на околностима да је исти судија председавао судским већем које је одлучивало поводом жалбе о одлуци, у чијем је доношењу претходно учествовао тај исти судија. ЕСЉП је такође сматрао значајним што је била реч о једином професионалном судији у трочланом већу, док су преостала двојица судија били судије лаици (§ 51 пресуде). У овом предмету ситуација је била слична као и у ранијем *Oberschlick protiv Austrije*²⁴, где је ЕСЉП такође утврдио повреду члана 6 став 1. Предмет се тичао поступка пред апелационим судом у коме су учествовала тројица судија који су такође раније били укључени у доношење одлуке првостепеног суда. Европски суд је закључио да то представља кршење права на непристрасни суд.

У предмету *Wettstein protiv Švajcarske*, адвокати странке и супротне стране делили су исту канцеларију са судијама који су одлучивали у случају. ЕСЉП утврдио је повреду члана 6 став 1 на основу објективног критеријума, а не на основу субјективног страха странке да би непристрасност судије тиме могла бити угрожена. Речима суда, „такав страх мора бити објективно оправдан” Европски суд је закључио да је прекршен члан 6 став 1 због следећих околности: подносилац представке је учествовао у поступку пред судом који је био састављен од пет судија, од којих су двојица били хонорарне судије, који су у одвојеном поступку истог подносиоца представке заступали другу страну. Европски суд је сматрао да се закони и пракса који се односе на установу хонорарних судија, генерално гледано могу уобличити да буду усклађени са чланом 6, тако да се овде радило искључиво о начину на који је у датом предмету вођен поступак. Мада није постојала никаква материјална веза између предмета подносиоца представке и одвојеног поступка у којима су та двојица правника имала улогу правних заступника, у суштини је ту постојало временско преклапање. Према томе, подносилац представке је имао разлога за забринутост да ће дотични судија наставити и даље да га сматра супротном страном, па је оваква ситуација могла довести до оправданог страховања да судија не приступа предмету с неопходном непристрасношћу.

23 Представка број 22839/93, пресуда од 26. августа 1997. године.

24 Представка број 11662/85, пресуда од 23. маја 1991. године.

У пресуди *Castillo Algar protiv Španije*²⁵ ЕСЉП утврдио је повреду члана 6. став 1. Радило се о поступку пред војним судовима. При томе су одређене истражне радње предузимале судије који су касније одлучивали о меритуму спора о кривици. Двојица од троје судија који су одлучивали о кривици, претходно су одлучивали у судском већу које је подигло оптужницу против окривљеног, при чему се оптужница, према шпанском праву, сматрала *prima facie* доказом да је окривљени учинио дело против оружаних снага, које му се стављало на терет.

У предмету *Piersack protiv Belgije*²⁶ у истом поступку дошло је до спајања улоге јавног тужиоца и судије у једној особи, па ЕСЉП није имао потешкоћа да утврди повреду члана 6. став 1. ЕКЉП. У овом случају, с обзиром на ранију улогу председника као вишег заменика тужиоца, који као надређени заменицима задуженим за конкретан предмет, има право да преправи писане поднеске, дискутује о приступу предмету и саветује о примени закона, ЕСЉП је закључио да је имао улогу у поступку. Европски суд није сматрао неопходним да се утврди тачна улога коју је председник имао. ЕСЉП је изнео да је „довољно да непристрасност суда који је одлучивао о меритуму могла да се доведе у сумњу”.²⁷

[...] непристрасност по правилу означава одсуство предрасуда или наклоности. Њено постојање у смислу члана 6 став 1 Конвенције може бити тестирано на различите начине. У том контексту, могуће је направити разлику између субјективног приступа, којим се одређује лично уверење датог судије у датом случају, и објективног приступа, којим се утврђује да ли је тај судија понудио гаранције које су довољне да се искључи свака легитимна сумња у том погледу.

У предмету *Padovani protiv Italije*²⁸, такође се радило о мешању улоге судије и тужиоца, односно о ситуацији где је иста особа имала улогу истражног судије и судије који је донео пресуду о кривици, али је ЕСЉП нашао да није било повреде члана 6. став. 1. И у овој пресуди ЕСЉП следи добро утврђену праксу и образлаже разлику између субјективног и објективног критеријума непристрасности. Примењујући субјективни тест непристрасности, суд мора да пође од обориве претпоставке непристрасности. Да би се претпоставка оборила, субјективна пристрасност судије мора бити доказана изван сваке легитимне сумње (енгл. „to exclude any legitimate doubt”).

Што се тиче објективног теста непристрасности, у §§ 27 и 28 ЕСЉП појашњава да је потребно утврдити чињенице које би могле утицати на непристрасност судије. При томе је гледиште окривљеног важно, али не и одлучујуће. Одлучујућа је чињеница, могу ли се бојазни окривљеног у судијину пристрасност објективно оправдати.

Међутим, чак када у одређеној мери дође до мешања истражне и судијске функције у једној особи, то само по себи, не доводи до повреде члана 6 став 1 ЕКЉП. У

25 Представка број 28194/95, пресуда од 28. октобра 1998. године.

26 *Piersack protiv Belgije*, представка број 8692/79, пресуда од 1. октобра 1982. године.

27 Параграф 31 пресуде.

28 Представка број 13396/87, пресуда од 26. фебруара 1993. године.

конкретном предмету (*Padovani protiv Italije*) исти судија је пре главне расправе испитивао окривљеног, доносио мере које су му ограничиле слободу и позивао га на суд. ЕСЈП окарактерисао је неке од тих мера као истражне радње, али упркос томе није нашао повреду члана 6 став 1 ЕКЈП. Главни разлог за то ЕСЈП налази у чињеници да је судија поступао по закону примењујући мере које произилазе из његове судијске дужности.

Још два случаја, *Procola protiv Luksemburga*²⁹ и *Kleyn i ostali protiv Holandije*³⁰ односила су се на рад Државног савета у Луксембургу и Холандији. У предмету *Procola*, подносилац представке жалио се да правосудни одбор Државног савета није био независан и непристрасан у складу са чланом 6 став 1 и да су четири од пет чланова правосудног одбора који су одлучивали о *Procola* предмету, претходно били у саветодавном већу Државног савета који је усвојио мишљење о нацрту прописа који се односи на ово питање. Чланови су имали и саветодавну и судијску функцију у истом предмету. Европски суд сматра да „у контексту институције, као што је Државни савет Луксембурга, сама чињеница да су нека лица обављала ове две врсте функција у погледу истих одлука, може да доведе у сумњу структурну непристрасност институције”.³¹ ЕСЈП је сматрао да је дошло до повреде члана 6 став 1 у овом предмету.

Предмет *Kleyn i ostali protiv Holandije* односио се на управно одељење холандског Државног савета и комбиновање различитих функција одељења. У том предмету Европски суд је поступао по тужби упућеној због тога што је један орган власти, Државни савет, обављао и саветодавну и судијску функцију. У овом конкретном случају Европски суд није нашао да је постојало кршење Конвенције, јер је закључио да се саветодавна улога коју је то тело имало приликом израде Закона о планирању саобраћајне инфраструктуре, и његова улога у поступку подносиоца представке у вези с „одлуком о трасирању” нису односиле на „исти” предмет или одлуку.

Европски суд је заузео став да се судија сматра непристрасним док се не докаже супротно.³²

У предмету *Ferrantelli i Santangelo protiv Italije*³³ радило се о ситуацији да је судија вишеструко одлучивао о кривици. Тако је исти судија, председавајући судија апелационог суда претходно учествовао у поступку против једног од саучесника где је донео осуђујућу пресуду, а након тога у поступку против преосталих саучесника. У пресуди апелационог суда којом се подносиоци осуђују наведени су бројни изводи из раније пресуде против саучесника подносилаца представке. Европски суд је закључио да су све околности такве да поткрепљују страх подносилаца у вези с недостатком

29 *Procola protiv Luksemburga*, 14570/89, пресуда од 28. септембра 1995. године.

30 *Kleyn i drugi protiv Holandije*, представке број 39343/98, 39651/98, 43147/98 анд 46664/99, пресуда од 6. маја 2003. године.

31 Исто, издвојено мишљење судије Thomassen.

32 Исто, параграф 196.

33 Представка број 19874/92, пресуда од 7. августа 1996. године.

непристрасности апелационог суда. У тој ситуацији ЕСЉП је утврдио повреду члана 6 став 1. Ова ситуација је слична оној из предмета *De Haan i Castillo Algar*.

Мешање процесних улога судије налазимо у предмету *De Cubber protiv Belgije*. Иста особа појавила се у функцији истражног судије и судије расправног већа. Тако у § 29 ЕСЉП истиче да, учествујући у истрази, судија стиче детаљно, понекад и свеобухватно знање о спису који је сам саставио. Према схватању суда, потпуно је замисливо да би као судија расправног већа, одлучујући о кривици, судија могао да буде у ситуацији да одлучује о законитости мера које је одредио као истражни судија. Ти разлози навели су суд да одлучи како у конкретном случају постоји повреда члана 6 став 1 ЕКЉП.

У пракси ЕСЉП налазимо и ситуације, када је непристрасност судије компромитована због сукоба интереса који није уско везан за претходни поступак.

У предмету *Pullar protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, појавио се проблем непристрасности поротника који је био запослен код главних сведока оптужбе. ЕСЉП је утврдио да није било повреде члана 6 став 1 ЕКЉП, јер из чињенице да члан суда има одређено лично знање о неком од сведока у случају, не следи да ће имати предрасуду у корист сведочења те особе. Увек је у сваком појединачном случају потребно одлучити има ли одређено познанство природу и степен који би индицирали мањак непристрасности суда (§ 38 пресуде).

У предмету *Pescador Valero protiv Španije*³⁴, радило се о случају отказа запосленом на Универзитету. У саставу суда који је одлучивао био је судија који је истовремено био запослен на Универзитету. Подносилац захтева тражио је изузеће пред Управним одељењем истог суда. То одељење ипак је одбило да изузме судију с образложењем да је подносилац требао да затражи изузеће чим је сазнао за чињеницу која доводи у питање непристрасност, па је одбио тужбени захтев као неоснован, а покушај оспоравања одлуке пред Уставним судом такође је био неуспешан. ЕСЉП је нашао судију пристрасним, узимајући у обзир околност да је од Универзитета годишње примао 7.200 €, и да је имао редовне и блиске односе са Универзитетом током дугог низа година (§ 27).

Као што се из наведених примера може закључити сама чињеница да је судија претходно имао везе са подносиоцем представке, није довољна да се аутоматски донесе одлука да је реч о кршењу члана 6 став 1. Потребне су посебне одлике, које се не сведе само на судијину упућеност у предмет.

34 Представка број 62435/00, пресуда од 17. јуна 2003. године.

Модели за примену



Република Србија

Основни суд у _____

Ки. бр. _____

Датум _____

Место _____

Судија за претходни поступак _____ Основног суда у _____, са судијским приправником _____, као и записничарем у кривичном предмету против окривљеног _____, због кривичног дела тешка крађа из члана 166 став 1 Кривичног законика (КЗ), решавајући по предлогу судије за претходни поступак Вишег суда у _____ да се спроведе јединствени поступак, на седници већа одржаној дана _____ године, донео је

РЕШЕЊЕ

СПАЈАЈУ СЕ ПОСТУПЦИ, у смислу члана 30 став 1 Законика о кривичном поступку (ЗКП), у кривичном предмету Основног суда у _____ Ки. бр. _____ против окривљеног _____ због кривичног дела тешке крађе из члана 166 став 1 Тачка 1 КЗ РС и поступак који се против истог окривљеног води код Основног суда у _____ под ознаком Ки. бр. _____ због кривичног дела крађа из члана 165 КЗ РС и има се спровести јединствени поступак пред Основним судом у _____ и донети једна одлука.

Против овог решења није дозвољена жалба.

ОБРАЗЛОЖЕЊЕ

Пред овим судом води се истрага против окривљеног _____ због кривичног дела из члана 166 став 1 тачка 1 КЗ РС, по решењу судије за претходни поступак овог Суда Ки. _____ од _____ године.

Судија за претходни поступак Основног суда у _____ ставио је предлог да се са наведеним предметом спроведе јединствени поступак са истражним поступком који се код тог суда води против истог окривљеног за кривично дело крађа из члана 165 КЗ РС.

Према члану 30 став 3 ЗКП, ако је исто лице окривљено за више кривичних дела за која су надлежни судови исте врсте, за вођење јединственог поступка надлежан је онај суд на чијем подручју је прво покренут кривични поступак. У конкретном случају, Основни суд у _____ је раније започео поступак против истог окривљеног.

Пошто је предлог за спајање поступака основан, одлучено је као у изреци овог решења, на основу члана 30 став 3 ЗКП.

ЗАПИСНИЧАР

СУДИЈА ЗА ПРЕТХОДНИ ПОСТУПАК