

*Др Иштван Фејеш, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

ТОК КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА ПРЕМА ЗАКОНИКУ CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA¹

Сажетак: У Терезијани процесна материја није била подељена у одељак који је посвећен оштим процесним појмовима и институтима и одељак који се бави самим током процесуалне материје. Нема дакле оштрих и посебних делова, слично данашњим процесним појмовима. Процесна материја се излаже недиференцирано. Одредбе које се односе на ток процесуалне материје су расуше несистематизовано у целом процесном делу Законика, мада има доминација која се током процесуалне материје баве више нешто другачије. Треба имати у виду и то, да су код сваког појединог процесуалног кривичног дела, била процесуална и посебна правила процесуалне материје. Та посебна правила и одредбе о процесуалној оштри карактера чине целину и само су се ипак могле и примењивати. У излагањима које следе, бавићемо се само током процесуалне материје на основу процесуалне оштри карактера. Поједина посебна правила процесуална уз поједина кривична дела, због њиховог обима не можемо разматрати.

Кључне речи: Терезијана, кривични процесуални ток процесуалне материје

I УВОД

Традиционални оптужни поступак у XIII-XIV. веку све више постаје сметња друштвеног развоја. Велике друштвено-економске промене у то доба хуманизма и ренесансе и све јача грађанска класа, захтевали су ефикасно и систематско сузбијање растућег и све опаснијег криминалитета². То је био неопходан услов даљег развоја.

¹ Рад је посвећен пројекту "Биомедицина, заштита животне средине и право" бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

² Раст друштвене покретљивости, слабљење традиционалних механизма друштвене контроле над животом појединца и бројни други фактори доводе до тога, да криминалитет од ретких, изолованих ексеса појединца, почиње постајати опасна масовна друштвена појава.

Два основна начела старог поступка су били посебно наглашен, горући проблем: оптужни карактер поступка и ирационални доказни систем.

Поступак се водио по тужби оштећеног³, који је тужио или није, имајући у виду своје *сојсџивене* интересе, а не зеједнице. Оштећени је слободно располагао са тужбом и скоро се увек могао нагодити са учиниоцем. Кривични поступак је заправо био редак изузетак. До њега је долазило само у случају да се ова два субјекта нису нагодила. На тај начин су и учиниоци тешких кривичних дела остајали некажњени, што је стварало незадовољство људи и несигурност у погледу живота, имовине, части и других вредности.

Традиционални поступак је имао ирационални доказни систем (заклетва, бојски судови, судски двобој), а он је апсолутно непогодан за утврђивање ко је стварни кривац.

Због тога је кривични поступак заснован на овим начелима био потпуно неподобан за систематско и ефикасно сузбијање све масовнијег и опаснијег криминалитета.

Услед овакве ситуације, реформа кривичног поступка била је горући проблем у Европи. Законодавна реформа је каснила па су се судови морали сналазити како су знали. Судска пракса у Италији, а касније и у немачким земаљама, нагомилане проблеме је почела сама решавати, прихватањем модела поступка, који је изграђен у теорији и пракси северне Италије, са ослонцем на римско–канонски поступак. Овај поступак назван *«инквизиџорски (исџиражни)»*, покретао се по *службеној дужности*, а доказни систем се заснивао на *рационалним доказима* (исказ окривљеног, сведока, исправе итд.). Најзначајнија средњовековна кривичноправна кодификација, Каролина (1532.г.) је само преточила у законску форму у суштини већ постојећу судску праксу. Но, без обзира на то, Каролина је имала велики утицај на развој кривичног поступка у континенталној Европи. Инквизиторски тип поступка је постао доминантан у континенталној Европи све до велике реформе кривичног поступка у XIX веку⁴.

³ Но треба рећи да држава све до ренесансе није ни имала много избора. Државни апарат је био слаб, неразвијен и неефикасан, па хтела или не, кривични прогон је морала препустити оштећеном и његовом племену, роду. У периоду зрелог феудализма, нарочито у апсолутистичким системима, државни апарат је већ у тој мери развијен, као битни ослонац владавине апсолутистичког владара (поред стајаће војске), да је постао способан, да организовано и систематски прогони учиниоце кривичних дела. Поред тога, са идејом апсолутне власти монарха био је тотално неспојив кривични прогон у приватним рукама. Тако важна област друштвеног живота није могла остати ван контроле апсолутистичког владара.

⁴ Наполеонов *Code d'instruction criminelle* (1808.г.) створио је тзв. «мешовити тип» поступка који је током XIX. века заменио инквизиторски поступак.

II КАРАКТЕРИСТИКЕ И СТРУКТУРА ПОСТУПКА

1. Карактеристике поступка

Constitutio Criminalis Theresiana⁵ је «средња генерација» поступника који су донесени по угледу на Каролину. Поступак који прописује ССТ одликује се свим карактеристикама инквизиторског поступка. Он је тајан и писмен. Главна фаза поступка је истрага. Једини субјект поступка је суд. Он се стара о реализацији свих основних процесних функција: врши функцију оптужбе, одбране и пресуђења⁶. Окривљени, супротно декларисаним намерама законодавца, има крајње неповољан положај. Он је фактички објект поступка. У току истраге је лишен било каквих права, а и у фази пресуђења има само минимално право да преда «писмо одбране» и уложи «ракурс» (о томе видети даље) или тражи помиловање. Наглашена је јавно-правна природа кривичног поступка: ССТ скоро у потпуности елиминира приватну тужбу, сведући је на свега два случаја, а у свим осталим случајевима поступак се покретао по *службеној дужности*, ради ефикасности прогона, прописана је обавеза пријављивања кривичних дела, без данас уобичајених изузетака⁷, искључује се нагодба између окривљеног и оштећеног или окривљеног и државних органа⁸.

Законик има кривично-материјални и кривично-процесни део⁹. Тада још није извршена стриктна подела кривичноправне материје на кривично материјално и кривично процесно право, па су обе данас раздвојене дисциплине регулисане истим закоником. Исто тако, ни процесно-правна материја није диференцирана на општи део, који се бави општим појмовима и институтима кривичног процесног права и на посебни део, који се бави самим током поступка. Законик дакле у процесном делу *нема* општи и посебни део слично данашњим поступницима. Одредбе материје општег дела и одредбе које се односе на ток поступка су расуте по целом процесном делу законика. Но чињеница је да се нека

⁵ Приказан је на основу издања: CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böhmeim u.u. Königl. Apost. Majestaet Mariae Theresiaiae Erzherzogin zu Oesterreich, etc. etc. peinliche Gerichtsordnung. Издавач: Johan Thomas Edlen von Trattern, Wien, 1769.

У даљем тексту цитирано као: ССТ

⁶ То је и основна мана овог поступка. У једном субјекту су спојене три неспојиве основне процесне функције.

⁷ ССТ, Artikel, Articulus (удаљем тексту скраћено: Art.) III, paragraf (у даљем тексту скраћено: par.) 13, 14, Art. XIX. par. 23, Art. XXVIII. par. 3, 4, 5, 6.

⁸ ССТ, Art. XV. par. 7.

⁹ Зато се Законик и зове «казнени судски ред» (peinliche Gerichtsordnung).

поглавља баве више општим питањима, а нека друга самим током поступка¹⁰. Треба имати у виду и то, да су код сваког појединог прописаног кривичног дела, прописана и посебна правила поступања. Та посебна правила и одредбе о поступку општег карактера чине целину и само су се тако могле и примењивати.

2. Структура поступка

Поступак се делио на *истрагу и фазу доношења пресуде*. Иако правних лекова у правом смислу није било, прописан је и поступак за одлучивање о «ракурсу», који је специфичан облик поступка по правним лековима. ССТ ове одредбе не издваја него су укључене у одредбе о фази пресуђивања.

*«Кривични поступак се састоји од две главне радње, наиме истраге (или инквизиције) а потом доношења пресуде»*¹¹.

«Истрага даје основ за пресуду и од њој зависи коначна судбина окривљеног». Зато су и истрага и пресуђење *«од највеће важности јер се њу ради о животи и шелу човека»*¹².

Истрага је централни део поступка и највећи део одредаба ССТ се односи на њу.

III. ТОК ПОСТУПКА

Поступак је подељен на:

- истрагу
- доношење и објављивање пресуде
- поступак на основу уложеног «ракурса»

1. Истрага

«Истрага или кривично истраживање је данас најубичајенији начин да се злочинци открију и није ништа друго, до извиђање од стране кривичног суда, да би о извршеном злочину или ојасном делу као и о њиховим учиниоцима суд сјекао озбиљна сазнања» На ово истраживање је суд оба-

¹⁰ Са мало претеривања, могло би се рећи, да Законик заправо нема *ојашни део*, јер редослед и наслови поглавља процесног дела, отприлике следе логику тока поступка. Међутим, у поглављима се обрађују неиздиференцирано и општа питања и материја која се односи ток поступка.

¹¹ ССТ, Art. XX. par.1.

¹² ССТ, исто.

везан по службеној дужности, да би кажњавањем *“очистио земљу од шийетних људи”*.¹³

Прави смисао горње одредбе *«кривично исцраживање је данас најубичајенији начин да се злочинци открију»* можемо схватити ,ако имамо у виду , да су у то време још била жива сећања на божје судове и сличне мистичне практике старог оптужног поступка. Законик и овде и на неким другим местима изричито наглашава прекид са том традицијом.

Истрага је била централни део поступка. Судбина окривљеног је ту решавана.

ССТ прописује да истражне радње могу обављати само правно образована стручна лица. Поред судије који води истрагу (инквирент) радњама морају присуствовати код свих судова , два поротника, два комисара и записничар.

А. ОПШТА ПИТАЊА ИСТРАГЕ («ОПШТИ ДЕО ИСТРАГЕ»)

1.1. *Начин сазнања извршеној кривичној дела и њочешак исцраје*

Суд је био обавезан да започне поступак по службеној дужности чим је стекао *«озбиљна сазнања»* о *«ојасном неделу и његовом учиниоцу»*. Сазнања о кривичном делу суд је могао стећи на више начина:

1. Ако је јавно извршено дело опште познато
2. Нечијом денунцијацијом и судском пријавом о учињеном делу
3. Самопријавом учиница
4. Путем довољне сумње, обележја и претпоставки на основу којих је судија дужан започети акцију¹⁴.

Испољава се за инквизиторски поступак карактеристична наглашена јавноправна природа поступка: Оштећени нема никакву улогу, учиниоце гони државни орган-суд-по службеној дужности. То је иначе и био један од основних циљева процесне реформе Каролине: да уместо несигурног, евентуалног прогона учинилаца са приватном тужбом у рукама оштећеног , учиниоце кривичних дела гоне државни органи по службеној дужности.

1.2. *Подела исцраје*

Истрага је по Каролини још била јединствена , али се од XVIII. века почела делити на генералну и специјалну инквизицију. У основи је идеја

¹³ ССТ, Art XX. par. 1. и 2.

¹⁴ ССТ, Art. XXIII .par. 1: (...) *»durch genugsamen Verdacht, Wahrzeichen und Vermuthungen, weshalb der Richter von Amtswegen die Hande einzuschlagen schuldig ist»*

поделе елемената бића кривичног дела на објективне и субјективне. Објективни би се утврђивали у фази генералне инквизиције а субјективни у фази специјалне инквизиције.¹⁵ Поделу истраге врше већ претходнице Терезијане. Тако је *Praxis Criminalis* генералном инквизицијом сматрао распитивање, истраживање о извршеном кривичном делу¹⁶, док је специјалном инквизицијом сматрана истрага уперена против одређеног лица. *Josephina* је задатком генералне инквизиције сматрао “ујтврђивање да ли је дело стварно тако извршено, како се јтврди, и ујтврђивање сталешке припадности окривљеног”¹⁷. ССТ се ослањајући се на ове на ове претходнике и сама дели истрагу на више фаза.¹⁸

Подела истраге на разне фазе, осим процесно-техничког, потенцијално је имала и значајну границијалну улогу. Поделом истраге на више фаза и прописивањем обавезе суда да утврди *corpus delicti*, као услова за прелазак поступка из једне у другу фазу, учињен је пробој у правцу побољшања положаја окривљеног.

Институт *corpus delicti* је у суштини био уступак притиску све снажније грађанске класе у правцу заштите окривљеног. Њиме је требало ограничити самовољу феудалног суда у погледу могућности вођења поступка против одређених лица и ограничења њихових права. Институт *corpus delicti* је постављао услове за даље вођење поступка и драстичног ограничења права осумњиченог (хапшење, притвор). Међутим, због бројних изузетака од обавезе утврђивања *corpus delicti*, ова заштита је само декларативна.

Учење о *corpus delicti* је било врло значајно за средњовековно феудално право. Оно је била прекретница у организовању истраге. Учење о *corpus delicti* је довело до поделе дотад јединствене истраге на генералну и специјалну истрагу (инквизицију). Поред великог значаја за сам ток поступка, ове одредбе су биле врло значајна гаранција за окривљеног, јер нису допуштале да се поступак настави без озбиљнијих доказа. Наиме, суд је могао зајочейи поступак на основу било каквих гласина и друјих слабих индиција. Али, обавеза утврђивања *corpus delicti* није дозвољавала да се на основу таквог

¹⁵ Поделу елемената бића кривичног дела на објективне и субјективне није могуће консекветно спровести. Упркос настојањима да се унесе што више елемената да би се два вида истраге разликовала на принципијелној основи, подела је у XIX веку напуштена.

¹⁶ Разликовање два вида инквизиције није “изум” ни *Praxis Criminalis* -а, већ вуче корене из ранијег доба. Његови добро уочљиви зачеци се јављају се већ у XII-XIII веку, у канонско –правном периоду развоја инквизиторског поступка.

¹⁷ *Josephina (Der Römischen Kayser: auch zu Hungarna und Bochaim cc. königl Majestaet Josephi des ersten Neue Peinliche Hals-Gerichtens-Ordnung, 1708.г.), Art. III par. 8*

¹⁸ Поделу истраге је формално укинуо законик Јосипа II, али основна идеја поделе истраге на основу материјалних и субјективних елемената је остала.

материјала поступак из фазе прелиминарних извиђања (генерална инквизиција) *настави* поступком упереним против *одређеног* лица (специјална инквизиција). Тако је спречавао да се поступак настави и осумњичени затвори, на основу гласина или неких других слабих доказа. Но, као што је већ речено, због бројних изузетака, ова гаранцијална функција је била само симболична.

Одредбе о *corpus delicti* су врло значајне и из других разлога. Њима се регулишу бројни важни институти кривичног поступка, мада у некој неразвијеној, ембрионалној форми: увиђај, ексхумација, унутрашња правна помоћ, реконструкција, вештачење, одузимање предмета итд. Указују на јачање свести законодавца о вредности материјалних доказа у кривичном поступку и одражавају значајне промене у ставовима законодавца у погледу њихове улоге у доказивању. Материјални докази су раније били занемарени у кривичном поступку. То је било и разумљиво. Наиме, њихов информациони потенцијал, због неразвијености науке није могао бити искористан, па су фактички били бескорисни за судско доказивање. Доба када је донета Терезијана је почетак научне, индустријске и културне револуције. Иако је Аустрија била на периферији тих догађаја, изгледа да је законодавац наслућивао какве ће последице имати научни развој у односу на материјалне доказе и уопште на доказивање у кривичном поступку и значајну пажњу посвећује материјалним доказима. Међутим, пошто је научна база и логистика још увек била изузетно неразвијена, ове одредбе у пракси нису имале такав значај какав је законодавац декларисао. У пракси су и даље доминирали лични докази, нарочито признање окривљеног и законодавац даје скоро слободне руке суду да га прибави.

Истрага је централни део поступка, јер на *«испита се све заснива»*¹⁹ и дели се на

1. општу истрагу,
2. редовну или генералну истрагу и
3. специјалну истрагу²⁰.

1) *Општа испита* (*allgemeine Inquisition-Inquisitio generalissima*) или *полицејска инквизиција*.

То је судску делатност превентивног карактера. Поступак по садржини сличну *inquisitio generalissimu* су познавали већ и законици пре Терезијане, али је нису јасно разликовали ни терминолошки ни садржински, од од других облика истраге. Тако је *Praxis Criminalis* прописивао: *„Сви орјани*

¹⁹ ССТ Art. XX. par. 2.

²⁰ ССТ Art. XXV. par. 3 и 4.

су дужни сировести инквизицију(истрагу) и без постојања оптужбе или пријаве, да би пошћени живели у безбедности а лоши у страху од инквизиције и казне и да би земља била очишћена од злих људи”²¹. Овакав поступак је задржан и у апсолутној монархији XVIII века. Сам термин “*inquisitio generalissima*” први користи Терезијана, пошто се испоставило да раније коришћен израз за ову судску активност “*inquisitio generalis*”, не одражава разлику између ове активности и судске активности “*inquisitio in delicto*” која претходи специјалној инквизицији.

По својој садржини, *inquisitio generalissima* је истражна активност која је у *лабавој вези* са стварним кривичним поступком. Није се заправо радило о истрази у строгом смислу речи, већ о трагању, без формалне оптужбе или пријаве, за сумњивим лицима или криминалним бандама на одређеном подручју, ради њиховог хватања. Али и поред ових специфичности (парцијални превентивни циљеви) *inquisitio generalissima* се ипак не може одвојити од кривичне истраге. Спроводили су је исти органи. И *inquisitio generalissima* и *inquisitio generalis* су били упрени против криминалаца или лица која су као таква означена.

Општа истрага је превентивног карактера и специфична форма је инквизиторског поступка, који има бројне заједничке црте са поступцима по службеној дужности у рано- феудалним државама (нпр. германско-франачки Rüge поступак, англосаксонски Sheriff-tour и сл.).

По ССТ, *Inquisitio generalissima* има дакле у првом реду превентивни циљ и ради се о лову, хајци на нека непожељна лица. Законик је обавезивао све судове, да започну ову «истрагу» кад допру до њих веродостојне вести, да су се у округу суда појавили “*друмски разбојници, цићани и сличан ојасан олош (...)* уопшће њакви шћетни људи, чије се присуство на основу закона не може толерисати и лућалице које појединачно или групно лућалу наоколо”²². Тада сами или уз помоћ власти из суседних округа, уз евентуалну помоћ војске, треба да пречешљају терен и скровишта и « *изненађене злочинце* » ухвате и предају најближем суду.

Кад је прикупљен довољан доказни материјал, поступак је настављан на исти начин код оба облика.

2) Редовна или генерална истрага (*gemeine Nachforschung-Inquisitio generalis*)

То је поступак истраживања дела и трагање за доказима да је почињено *конкретно* кривично дело и за његовим учиниоцем. Има припремни, прелиминарни карактер и примењује се

²¹ *Praxis Criminalis (Forma processus iudicii criminalis seu praxis criminalis, 1697.г.), Art. XXII . par. 1*

²² ССТ, Art. XXV. par. 3.

-ако није извесно али се сумња да је извршено кривично дело,
-извесно је да је извршено кривично дело, али нема довољно индиција
или недостијаје *corpus delicti*

-ако напред поменуто постоји,али нема конкретних индиција за покретање поступка против вероватног кривца.

У таквом случају ССТ налаже да треба пропитати становништво неког насеља,о томе шта знају о кривичном делу,кога сматрају учиниоцем, итд.Након завршеног пропитивања,треба их опоменути да о испитивању не говоре,да учинилац *«не би пре времена добио информације и не би бексћвом избегао казну»*.Раширен глас или пријаву о делу и учиниоцу *«треба темељно испитати и утврдити стварну истину»*²³.Ако је након извршења кривичног дела остао материјални траг,организован је увиђај и уношен је у записник опис пронађених «телесних предмета».Ако дело не оставља траг или су они уништени или изгубљени,треба користити идицијена основу којих разборити човек може донети мудар закључак» о постојању дела.²⁴ У току ове фазе, по потреби, могли су бити ангажовани и вештаци.Детаљно је регулисан поступак са вештацима за бројна кривична дела. Постоје посебне одредбе у погледу поступања у случају убиства,чедоморства,тровања, силовања, итд.²⁵

Током генералне инквизиције судија је требао са извесношћу утврдити извршење кривичног дела тј.утврдити *corpus delicti*. Чињенице коришћене за утврђивање *corpus delicti* садржински су се морале односити на објективне елементе кривичног дела.Морале су бити такве да се на основу њих могло закључити да је дело стварно извршено.

Генерална истрага није била увек обавезна.Ако о делу има довољно информација генерална истрага уопште и није потребна*»неће се одмах прелази на утврђивање corpora delicti, а то је :тачно слеђењење и нейосредни увид у дело са свим околностима»*²⁶

Пошто су околности утврђене и формиран је *corpus delicti*, и сумња је усмерена на одређено лице, може отпочети следећа фаза: специјална истрага.

3) Специјална истрага (*Inquisitio specialis*).

Овај део је истраге је вођен против одређеног лица за одређено дело.Прелазак у ову фазу истраге повлачило значајна ограничења права осумњиченог. Најчешће је значило хапшење и притвор.

²³ ССТ, Art.XXV.par. 5.

²⁴ ССТ, Art.XXVI.par.6.-8.

²⁵ ССТ, Art.XXVI.par.9-37.

²⁶ ССТ, Art.XXV.par.10.

1.3. Хайшење и приговор

а) Увођење «capture» (хвайшање, хайшење)

Процес који је довео до бипартитне поделе истраге, резултирао је и увођење института «capture» као новог института гаранцијалне природе унутар специјалне инквизиције. Значај «capture» је у томе, да је по претходним поступцима, почетак специјалне инквизиције аутоматски повлачио и хапшење и затварање окривљеног. На основу «capture» суд цени потребу за затварањем. Тако се отвара могућност да окривљени остане на слободи²⁷, што раније није било могуће. То је за окривљеног било врло значајно.

ССТ детаљно регулише услове хапшења и притварања, али се и ту уочава неједнакост поступања у зависности од сталешке припадности.

б) Основи за приговор

Још пре почетка специјалне истраге, треба утврдити ком *сталежу* припада осумњичени, на каквом је положају, какав му је углед, укратко, какав му је класни положај. Ако је осумњичени «*нерадник, сумњив, лућалица или њима слична особа на лошем гласу, која је већ био кажњавана за слично дело, или је ипак, да се од ње може очекивати ипакво дело, треба је без околишања ухајсити, за то је довољно једно добро утемељено обавештење и неколико индиција*²⁸» Насупрот томе ако је оптужени «*илемић, траћанин на добром гласу или је носилац неких функција, испраћа се не може покренути без претходно прибављене *corpus delicti* и довољног броја поузданих индиција*²⁹» Судија цени по слободном уверењу да ли се стекло довољно добрих индиција. Због тога се поступак у односу на припаднике привилеговане владајуће класе могао покренути само на темељу веома блиских, несумњивих индиција. Насупрот томе, у погледу непривилегованих, судија је имао неограничену власт и самовољу. Законик на више места и наглашено упозорава судију: примена прописа о хапшењу осумњиченог не може ићи на штету постојећих феудалних привилегија. Привилегована лица се по правилу и не смеју хајсити (осим у случају тешких кривичних дела), јер нема бојазни да ће побећи. Судија у погледу ових лица треба у сваком конкретном случају да цени, шта је већа опасност, односно штета: да хапшењем човеку на добром гласу и његовој части нанесе непотребну штету па

²⁷ Институт *capture* је надживео поделу истраге на генералну и специјалну и налазио се још и у аустријском Законику о кривичном поступку из 1803.г.

²⁸ ССТ, Art. XXIX. par. 5.

²⁹ ССТ, Art. XXIX. par. 6.

чак и наруши здравље или да га остави на слободи и тако пружи могућност за бекство³⁰.

Припадници непривилегованих слојева немају овакав благ третман. На основу изричите наредбе Законика и широко формулисаних основа за хапшење и притвор, они су се по слободној оцени судије, фактички увек могли ухапсити и притворити³¹.

По ССТ осумњичени се може ухапсити у притворити следећим случајевима³².

-ако је у питању лице на лошем гласу од кога се може очекивати(!) извршење кривичног дела у питању

-ако је већ извршио (или покушао) сличан злочин,

-ако осумњичени *сћанује*(!) код лица које је већ извршило такав злочин,

-ако га један беспрекоран сведок именује као учиница,

-ако је његов стас, одело, оружје, коњ, итд. сличан учиниоцу који је виђен на лицу места или на путу према или од лица места злочина,

-ако је осумњичени био непријатељ оштећеном, раније му је и претио или има материјални интерес за извршење дела,

-ако га је рањено лице пре смрти именовало као учиниоца,

-ако се осумњичени сам пријавио,

-ако неко бежи због извршеног недела,

-на основу слободне оцене судије.

У случају да наведени основи евентуално нису довољно широки, задњом тачком, судија је и формално добио одрешене руке да према свом нахођењу хапси и притвори свако лице, осим оних привилегованих.

Против ове карактеристичне феудалне самовоље у погледу лишења слободе, жестоко су се бориле присталице просветитељских идеја. Истини за вољу, та феудална самовоља је била уперена у првом реду против разних лица инферионог положаја (скитнице, просјаци, цигани итд.), који су угрожавали општу безбедност грађана, али је управљана и против све снажније буржоаске класе, ако су интереси очувања феудалног поретка то захтевали.

Б. ТОК ИСТРАГЕ («ПОСЕБНИ ДЕО ИСТРАГЕ»)

1. Генерална инквизиција

Поступак започиње по правилу генералном инквизицијом. Она се завршава формирањем *corpus delicti* (треба имати у виду бројне изузетке).

³⁰ ССТ, Art. XXIX, par. 15.

³¹ У тромесечном извештају нижих судова вишим судовима, требало је поименице навести окривљене који *нису* стављени у притвор и посебно образложити зашто је притвор изостао.

³² ССТ, Art. XXIX, par. 8.

2. Специјална инквизиција

Чим се у генералној инквизицији сабере толико индиција да се може са извесношћу закључити да је дело стварно извршено и да је одређено лице извршилац дотичног кривичног дела, прелази се на специјалну инквизицију. Ако има разлога за то (тј. ако судија сматра за сходно), окривљени се хапси и ставља у притвор. Кад је осумњичени затворен, предузима се прво његово претресање, претресање његове куће и његов сумарни испит³³ а у каснијој фази специјалне инквизиције, артикуларни испит и саслушање сведока.

1.1. Претресање и преглед ухаишеног

Непосредно након лишења слободе, «злочинца» треба претрести, ради проналаска доказа и темељног га прегледати, да ли има на телу трагова тортуре. Суд није требао проверити да ли је и осуђен након тортуре, да ли се након издржане казне евентуално поправио и сл. Довољно је било да су пронађени или нису, трагови тортуре, а из њих је даље закључке судија извлачио по свом слободном уверењу.

1.2. Претресање стана

Требало је извршити и претрес стана окривљеног ради проналаска доказа. Код сваког појединог кривичног дела, било је посебно одређено за којим предметима треба трагати и одузети их.

1.3. Сумарно саслушање

Одмах након хапшења, осумњичени је сумарно саслушаван. Ово саслушање се састојало од узимања личних података од осумњиченог и узимања изјаве на питања о најбитнијим околностима дела³⁴. У истрази се окривљеном није саопштавао ни разлог сумње ни име денунцијанта. Ако је порицао кривицу, суд га је морао позвати да докаже своју невиност. За то му је остављен рок, *»јер њонеки људи, иако невини, због претресања (од хапшења-И.Ф.) не могу ништа навести у своју одбрану«*. Осумњичени је своју невиност *фактички* могао доказати само ако је имао беспрекоран алиби. У том случају је пуштан на слободу.

³³ ССТ, Art. XXX, par. 1.

³⁴ Треба му поставити следећа питања: *»Како се зове? којој религији припада и колико година има? да ли има сазнања о делу? оtkуд му је то познато? како се дело заправо одиграло? ко би могао бити учинилац и из којих ралоја, по његовом сазнању и мишљењу? «*

У мање значајним случајевима, судија је могао *већ након сумарног саслушања изрећи пресуду*. Ако приликом тог саслушања окривљени призна дело или је случај поткрепљен јасним доказима, а он нема шта навести у своју одбрану, доноси се осуђујућа пресуда *на самовласну казну*. Насупрот томе, ако се у потпуности оправдао, доноси се ослобађајућа пресуда³⁵.

1.4. Редовно или артикуларно саслушање

Ако се на сумарном испиту не постигне признање или окривљени раније дато признање опозове или ако је неопходна додатна провера одбране окривљеног, не може се донети пресуда, већ се предузима редовни (артикуларни) испит по општим и посебним тачкама («артиклима»). Због тога је следећа фаза поступка редовно («артикуларно») саслушање. Разликовало се од сумарног саслушања по томе да је судија морао саставити *ојшјужне шачке* које су требале бити повезане у логичку целину. У посебном делу ССТ, код сваког кривичног дела била су прописана питања на које је требало тражити одговор на овом саслушању. Због тога, судија се морао добро припремити и темељно упознати расположиви материјал. О саслушању је вођен детаљан записник у коме су требале бити фиксирани и најситније појединости. Не само питање и одговор већ и потпитања, интонација одговора, понашање окривљеног итд. Та ситничавост је била оправдана, јер је детаљан записник требао бити сурогат непосредном контакту судећег већа са окривљеним и сведоцима. Судеће веће је наиме, одлучивало на основу списка, без икаквог непосредног контакта са њима.

Саслушање се могло извршити и тако, да је окривљени позван да исприча у форми приповедања све што има да каже о случају. Основни метод је ипак било испитивање по унапред припремљеним питањима.

Законодавац је испољавао чудну амбивалентност у погледу очувања аутентичности исказа окривљеног. Судији је забрањивао да користи сугестивна питања. Али је са друге стране, ради «*извлачења истине*» из окривљеног, могао је *ирешити и шоршуром*.³⁶ Претња тортуром је била дозвољена и у случају мање тешких кривичних дела. Надаље, «*тврдокорни кривац*» се могао «*шодшшцашш*» на давање исказа и *бичевањем*. Међутим, судији је у току извршења те мере било забрањено да *обмањује* окривљеног обећањем помиловања или ублажење казне.

Након артикуларног саслушања, судија је морао оценити да ли су *све околности разјашњене*. Ако је оценио да су све битне околности разјашње-

³⁵ ССТ, Art. XXX, par. 1.

³⁶ Међутим, само ако је виши суд већ *шшварно и одобрио* међупресуду на тортуру и нема формалних сметњи да се и спроведе. Сматрало се да ће се суд дискредитовати ако прети мерама које се не могу и извршити.

не, ништа није било на путу доношењу пресуде. Пресуда се морала темељити на признању окривљеног или на доказаности његове кривице. Признање је било пуноважно само ако је било јасно, разумљиво, основано³⁷ и трајно и дато је пред надлежним судом.

Ако је неки од ових услова недостајао, пресуда се није могла изрећи, већ се морао спровести доказни поступак.

1.5. Доказни постојањак

ССТ детаљно и казуистички регулише доказни поступак. Прописана је обавеза суда да у истрази изведе све доказе и разјасни све околности које су у корист окривљеног³⁸. Ако прибављени докази нису пуновредни, овлашћује судију, да по свом слободном уверењу донесе једно од следећих одлука:

- да пусти окривљеног на слободу,
- да окривљеног позове не полагање заклетве очишћења,
- да одреди тортурну,
- изрекне самовласну казну³⁹.

Прве две мере су судови обичавали изрећи «поштеним грађанима» а друге две према лицима на лошем гласу.⁴⁰

Одредбе које се односе на услове, облике, начину спровођења, трајања итд. тортуре су биле најбрижљивији израђени део Законика. Прописан је нарочити опрез у примени тортуре.⁴¹ Ради примене, неопходно је било претходно одобрење вишег суда.

Но и ако **нема** формалних доказа (признање или неки други) не значи да ће «злочинац» проћи некажњено. Судија може и тада да му одреди тортурну или изрекне самовласну казну. ССТ наима одобрава *«обичај настао у нашим покрајинама, да се само на основу пријаве или индиција, ма како да су јаке, не може нико осудити на смрт или на казну једнаке вредности. У таквом случају треба применити тортурну, али ако то није дозвољено због мање тежине дела, треба изрећи ванредну казну»*⁴². Ако је извршено кривично дело који окривљени није могао извршити сам, или само уз знатне тешкоће, ССТ *обавезује* судију да одреди тортурну над окривљеним ради изнуђивања имена саучесника. Ако су два окривљена независно један од

³⁷ ССТ, Art. XXXII. par. 1.

³⁸ ССТ, Art. XXVI. par. 6, 7, 8.

³⁹ ССТ, Art. XXXVI. par. 17.

⁴⁰ Тако Hajdu L., *A Habsburg-birodalomban 1752-1769 között végrehajtott büntetőjogi kodifikáció jogtörténeti értékelése*, Acta Facultatis politico-iuridicae Universitas Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös nominate, Tomus V, fasciculus I Budapest. 1963. str. 93-102.

⁴¹ ССТ, Art. XXVIII

⁴² ССТ, Art. XXXIV. par. 2. и 3.

другог именовала исто треће лице као саизвршиоца, ова два исказа се сматрају једнако вредним као искази два беспрекорна сведока.

1.6. Рок за размисљање о одбрани

Након што су прикупљени докази тј. по завршеној инквизицији, окривљеном се даје тродневни рок да размисли о својој одбрани.⁴³

Кад је истрага завршена намера законодавца је да се окривљеном обезбеде додатна права *»ако је већ за време истраге оштетени имао довољно могућности да ипакне околности које иду њему у прилог, а судија је дужан по службеној дужности узети у обзир ипак околности, ипак намера нам је да обезбедимо и даље поодности и гаранције ради одбране на коју има право»*⁴⁴. Из тог разлога окривљеном се обезбеђује рок од 3 дана да након завршетка истраге добро промисли целу ствар и да јави чињенице које му иду у прилог.

1.7. Коначно испитивање окривљеног

По истеку горњег рока, прелази се на коначно испитивање окривљеног, на коме он треба да да своју коначну одбрану⁴⁵.

1.8. Завршетак истраге

Након завршног саслушања истрага је била завршена.

Након завршетка истраге, инквирент је средио списе и предао их судији већу ради доношења пресуде.

1.9. Одбрана окривљеног током истраге и након завршетка истраге

ССТ декларише да је одбрана окривљеног од изузетног значаја *«јер се у кривичном поступку ради о живој људи, и праведно је, да свако кога сумњиче за извршење злочина или га због тога ухапсе, добије сва средства за помоћ и свој сас.»*⁴⁶ Окривљеном се на испиту не саопштавају основи окривљења и име пријавиоца. Ако истрага још није завршена, окривљени нема право увида у списе (на увид у записнике о исказима сведока, исправе итд). О доказима који га терете, окривљени може посредно сазнати понешто на основу питања која му поставља инквирент.

⁴³ ССТ, Art. XXXVI, par. 7.

⁴⁴ Исто, par. 6.

⁴⁵ Исто, par. 8.

⁴⁶ Исто, par. 1.

Фактички, *једини* начин одбране за окривљеног је, да све околности које му иду у прилог саопшти инквиренту, који ће после о њима питати сведоке или их проверити на други начин.

Док траје истрага, окривљени *нема право* на браниоца. ССТ то обрађује тиме, да је у погледу браниоца « *често искусиво, да се злочинац овако само подучава о бекству или подржава о његовом лажу* » и тако се омета цела истрага.⁴⁷ Међутим, ако захтева, судија је могао одобрити помагача (*Rechtsfreund*) окривљеном « *ради излагања његове одбране и савлађања писма одбране (Schutzschrift⁴⁸)* ». То није било *право* окривљеног везано за неке услове. Зависило је од « мудре процене судије » да ли ће одобрити захтев окривљеног: « *препуштамо мудрој процени правосудној судији, да ли ће се сагласити са одобрењем захтеванеј адвокату* ». За доношење одлуке, судији су биле приписане следеће смернице: « *ако је захтев савлађен у јасном случају или упућен ради одлучавања правосудној судији, судија никако не може дати сагласност, већ само тада, ако окривљени изјави да околности за своју одбрану не може сам изнети и таква изјава окривљеној се због његове ограничениости, страха, лошег здравља (...) и других важних разлога може сматрати основаном* »⁴⁹.

Не дозвољавајући браниоца, Законик широкогрудно гарантује да окривљени може сам све учинити ради свог спаса. Но, то је само празна декларација. Окривљени, затворен, *фактички није могао бити учиниоци за себе*. Из такве позиције, сваки покушај супротстављања моћном државном апарату, био је унапред осуђен на потпуни неуспех. Насупрот савременим кривичним поступцима у којима важи презумпција невиности, ССТ је био на позицији *презумпције кривице*. Тј. окривљени је био дужан да *докаже* своју невиност. Међутим, положај у коме се налазио, то му није омогућавао.

Окривљени је могао узети браниоца тек након што му је објављена пресуда, ради састављања « *ракурса* ». О томе видети даље.

Неспорно је да ССТ има *значајан број новина у користи окривљених* у односу на *раније законодавство*. У материјалноправни део Законика унете су бројне одредбе које су биле важне за окривљеног и његов положај: одредбе о кривици, саучесништву, покушају, застарелости итд. Упркос строгим казнама, прописана је дужност суда да буде благ⁵⁰ и да приликом изрицања казни

⁴⁷ Исто, пар.5.

⁴⁸ Упркос опширности Законика, није објашњено, шта је « писмо одбране ». Можда је то сматрано непотребним, јер се радило о традиционалном институту инквизиторског поступка.

⁴⁹ Исто, пар.10.

⁵⁰ ССТ, Art. II, par.1.

има у виду поправљање учиниоца⁵¹, бројне казне су умањене неке искључене. У процесном делу, прописана је обавеза суда да «*вредно исцїиша све околности*» које су у корист окривљеног⁵², прописана су правила и ограничења тортуре⁵³, забрана обмане и капциозних питања приликом саслушања⁵⁴, обавеза суда да се у свим дискутабилним случајевим обрати вишем суду⁵⁵,⁵⁶. итд. Међутим, највећи број ових погодности за окривљеног су биле само деклараторног значаја, због бројних изузетака и класних привилегија. Законик је веома често све препуштао «*мудрој њроцени*» тј. самовољи феудалног суда. Чак и да су ове новине биле реалне у пракси, ни то не би суштински мењао пложај окривљеног. Генерално посматрано, упркос неким побољшањима, он је био лош и одражавао феудални дух прошлости у ери просветитељства. Због тога је у крајњој линији окривљени само објект а не субјект поступка.

2. Доношење и објављивање пресуде

2.1. Бројни сасїав већа

Пресуду је доносило веће од најмање 7 чланова на претресу. У односу на раније стање ССТ захтева да председник судског већа добро познаје право, али и остали чланови већа треба да познају правила поступка.

2.2. Доношење ѡресуде

Након завршетка истраге инквирент је доставио списе судећем већу ради изрицања пресуде. Након завршетка истраге требало је одмах донети пресуду. Претрес се одвијао тако да је инквирент презентовао предмет и списе а референт их је читао. Морао је читати све списе не само њихов сиже⁵⁷. Суд је на основу тога одлучивао. Контакт са окривљеним није имао.

2.3. Врсїе ѡресуда

Пресуда је могла бити *међупресуда* или *коначна ѡресуда*.

а) Међупресуда

Пре коначне пресуде могла је бити изречена међупресуда на тортуру, ако су били испуњени услови (нпр. ако окривљени нешто пређуткује а

⁵¹ ССТ, Art.IV.par.2., Art. VI. par.5.

⁵² ССТ, Art.XI.par.1.

⁵³ ССТ, Art.XXVIII

⁵⁴ ССТ, Art.XXX.par.5, Art.XXXI.par.30-32

⁵⁵ ССТ, Art.XXII.par.3.

⁵⁶ Детаљније видети: Kwiatkowski, E.V.: Die Constitutio Criminalis Theresiana: Ein Beitrag zur thesesianischen Reich- und Rechtsgeschichte, Innsbruck, 1903. стр.138-140.

⁵⁷ ССТ, Art.XXXIX.par.4.

постоје јаке индикације) Ту међупресуду је пре извршења морао одобрити виши суд⁵⁸.

б) Коначна пресуда

*Коначна пресуда је могла бити*⁵⁹:

1) осуђујућа и то: 1) на *редовну* казну, ако постоји инквизитово признање или потпун доказ,

2) на *ванредну* казну, када је инквизит сумњив, али ипак нема довољно доказа за редовну казну (нпр. постоји само полудоказ или је инквизит опозвао признање дато на тортури),

2) ослобађајућа : 1) у потпуности због *доказане* невиности

2) *absolutio ab instatia*- кад нема доказа ни за тортуру ни за редовну или ванредну казну, али је окривљени сумњив, чак и ако је та сумња подаља

3) на основу положене заклетве очишћења.

Код вођења истраге и доношења пресуде узимани су у обзир и приватноправни захтеви⁶⁰.

2.4. *Прејходно одобрење пресуде*

У бројним случајевима *пре* проглашења пресуде првостепени суд је морао поднети пресуду вишем суду на *прејходно одобрење или преиначење*. На то је био *обавезан* у случају неких кривичних дела (богохуљење, фалсификовање новца итд.) , у сумњивим случајевима и у случају да су гласови судија подељени⁶¹.

2.5. *Објављивање пресуде*

Пресуда је објављивана само окривљеном .

3) **Поступак по уложеном «ракурсу»**

3.1. *Врсте правних лекова*

На пресуду *»жалбе (Appellation) нема, али не желимо ограничити могућност осуђеној да Нам се обрати молбом (Racurs)»*⁶². Ракурс дакле није био правни лек у данашњем смислу, него *молба* за преиспитивање пресуде

⁵⁸ ССТ, Art. XXI. par. 5.

⁵⁹ ССТ, Art. XXXIX. par. 3, 10, 11, 12.

⁶⁰ ССТ, Art. XIX. par. 38.

⁶¹ ССТ, Art. XXI. par. 5., те Art. XVIII . par. 5.

⁶² ССТ, Art. IV. par. 11.

и помиловање⁶³. Имао је одложно дејство само ако је изречена смртна казна, телесна казна или жигосање.

Поред тога, постојала је и могућност улагања *йраве* молбе за помиловање, која се упућивала директно владару⁶⁴. Разлика између правно регулисаног правних лекова савремених поступака и *«ракурса»* је очигледна. Иако *«ракурс»* није био правни лек у правом смислу речи, био је прописан посебан поступак за његово решавање.

3.2. *Посћуїак йо «ракурсу»*

3.2.1. *Рок*

«Ракурс» је требало предати у року од 48 часова од објављивања пресуде, суду који је донео пресуду. Ако је пресуда гласила на смрту казну, бичевање или жигосање, она се није могла извршити до одлуке вишег суда по молби. Ако је молба закаснела и такве пресуде су се могле извршити.

3.2.2. *Овлашћена лица*

«Ракурс» су могли уложити окривљени или његови блиски сродници (родитељи, деца, брат и сестра и брачни друг) па чак и државни органи. Окривљени је могао молбу срочити сам или је за то могао узети адвоката. Ако је узео адвоката, он је имао рок од 14 дана да уложи молбу. Адвокат је имао право на увид у важније списе и да разговара у присуству судских службеника са осуђеним. Али, ако је адвокат без преке потребе одуговлачио, суд је могао позвати осуђеног да *«ракурс»* напише сам. О таквим случајевима је требало саставити записник и послати га вишем суду који се побринуо да нехатан адвокат буде строго кажњен.

3.2.3. *Одлуке вишег суда*

«Ракурс» предат у року првостепени суд је са свим списима и својим мишљењем достављао вишем суду. О њему је одлучивао виши суд (Obergericht) са седиштем у главном граду покрајине. Мора се међутим нагласити, да је исти овај суд у највећем броју случајева још пре објављивања, већ добио исту пресуду ради претходног одобрења. Она је и могла је бити објављена само након претходног одобрења вишег суда. Тај исти виши суд је требао да да мишљење о *«ракурсу»* на пресуду коју је већ раније сам одобрио. Било је мало је вероватно да суд заузме другачији став, нарочито ако

⁶³ Kwiatkowski, E. v., Сматра да је ракурс био *“йравни лек* и молба за помиловање”, цит. дело, стр. 138.

⁶⁴ Ogorelica, N.: Kazneno procesualno pravo, Zagreb, 1899. str. 60.

се има у виду да је одлучивао на основу истих или незнатно измењених списка као први пут. ССТ нема одредбу о томе да ли је виши суд био формално везан за своју прву одлуку (тј. за ону са којом је дао претходно одобрење на пресуду). Пракса је била да је по правилу заузимао исти став као први пут⁶⁵. Ракурс је због тога баш у случајевима најтежих казни, за које била потребна претходно сагласност вишег суда, била пука формалност. Осуђени се могао надати неком бољитку од ове своје молбе, само ако виши суд није морао претходно потврдити изречену пресуду, тј. ако поводом молбе први пут одлучује о пресуди.

Виши суд је у већу од 7 чланова испитивао пресуду поводом «ракурса». Пазио је на то, да ли је било повреде поступка и да ли је молилац достојан помиловања. Ако је виши суд нашао да је осуђеник достојан помиловања, списе је достављао владару и чекао његову одлуку. Ако је у питању тешко дело, требало је да постоји неки нарочито важан разлог (у погледу личности осуђеног или самог дела) за то, а у осталим случајевима, виши суд је по правилу слободно ценио да ли је неко заслужио милост. Ако је одлука негативна, виши суд је потврдио пресуду. Ако је за то било разлога, пресуду је преиначио и враћао првостепеном суду на извршење⁶⁶. Нижи суду је одлуку саопштавао осуђеном и извршавао пресуду што је пре могуће.

IV ЗАКЉУЧАК

Терезијана припада «средњој генерацији» поступника који су донесени по угледу на Каролину. Поступак је тајан и писмен. Главна фаза поступка је истрага. Једини субјект поступка је суд. Он се стара о реализацији свих основних процесних функција: врши функцију оптужбе, одбране и пресуђења. Наглашена је јавноправна природа кривичног поступка. Осим у два случаја, поступак се покретао по *службеној дужности*, ради ефикасности прогона, прописана је обавеза пријављивања кривичних дела, без данас уобичајених изузетака, искључује се нагодба између окривљеног и оштећеног или окривљеног и државних органа. ССТ је био либералнији у односу на окривљеног од свог узора Каролине. Познавао је институте *corpus delicti* и *capture* које су могле бити значајано јачање позиције окривљеног да бројни изузеци и неограничена овлашћења суда нису анулирала те могућности. Поред тога, окривљени је могао уложити «ракурс». ССТ је имала и неке друге новине које јачају положај окривљеног: прописана је дужност суда да буде *бла̄* и да приликом изрицања казни има у виду *џоира*

⁶⁵ Видети Hajdu, L.: оп.цит.стр.93-102.

⁶⁶ ССТ Art. XXI. par. 12 и 14-17.

вљање учиниоца⁶⁷, бројне казне су умањене неке искључене. Прописана је обавеза суда да «*вредно и сјийи*» све околности које су у корист окривљеног, прописана су правила и ограничења тортуре, забрана обмане и капциозних питања приликом саслушања, обавеза суда да се у свим дискутабилним случајевим обрати вишем суду, итд. Међутим, окривљени је имао, супротно декларисаним намерама законодавца, и упркос овим новинама, крајње неповољан положај. У току истраге је лишен било каквих права, а и у фази пресуђења имао само минимално право да преда «писмо одбране» и уложи “ракурс” или тражи помиловање. Његов положај је одражавао дух феудалног права. Он је фактички и даље био објекат поступања.

ССТ је важила до 17. јуна 1788.г. када је ступио на снагу кривични судски ред цара Јосипа II.

⁶⁷ Када се имају у виду прописане сурове, нељудске казне, ово звучи крајње лицемерно.

*Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Operation of Criminal Process under Constitutio Criminalis Theresiana

Abstract: *The paper is divided into four larger parts.*

The first part is the introduction where the author briefly describes the history of born of inquisition procedure.

The second part is devoted to the characteristics and the structures of the procedure. The author here shows Theresiana has all the features of a classical inquisitorial process. The process is generally divided into investigation and trial. In addition, there was a procedure for solving a so called “racurs”, that was not a legal remedy in the strict sense of the word, but an appeal for judgement reversal and amnesty. As the investigation is the central part of the process the paper devotes the most attention to this phase of the process. It analyzes the division, commencement, operation and ending of the investigation. The paper talks separately about the process of bringing the judgement, and the process based on “racurs”.

The fourth part is the conclusion where the author summarizes the characteristics of the process and the position of the accused. The paper concludes that despite important changes in the process, the position of the accused entirely reflected the spirit of feudal law and the accused remained a disempowered object of the process.

Key words: *Constitutio Criminalis Theresiana, criminal process, the operation of process*