

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

ПОЛОЖАЈ ОКРИВЉЕНОГ У ИСТРАЗИ У НЕКИМ ИСТОРИЈСКИМ МОДЕЛИМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА¹

Сажетак: Током историје кривичног поступка, значај и обим испраће се мењао. У римском кривичном поступцима службене испраће је било, у зависности од типа поступка. У ранофеудалном оштражном поступку није било. Насупрот томе, у инквизицијском поступку испраћа је централни део поступка. У мешовитом типу поступка, има испраће. То је део поступка у коме долазе до изражаја инквизицијски елементи али се пресуда доноси у самосталној судској фази. На постојање или непостојање испраће у значајној мери утичу многобројни друштвени, економски и други фактори. Значајну улогу има и природа доказних средстава. Ако се у кривичном поступку користе рационални докази, њих треба на неки начин прикупили и припремили за суђење. У поступцима са ирационалним доказима није било потребе за тим, па је испраћа у савременом смислу била сувишна. У овом раду обрађујемо положај окривљеног у испрази у неким историјским типовима кривичног поступка у обиму који овакав рад дозвољава.

Кључне речи: Кривични поступак, историја, окривљени, положај и испрази.

I. Појам и значај истраге

1) Појам

Кривични поступак је, због своје сложености и разнородности циљева које sukcesивно треба остварити, одувек био процес који се делио на више различитих етапа са различитим функцијама, који се надограђују је-

¹ Чланак је резултат рада на пројекту» теоријски и практични проблеми стварања и примене права(ЕУ и Србија)

дан на други. Можемо разликовати два крупна стадијума поступка: припремни стадијум и само суђење. Ови стадијуми се по правилу деле и на разне мање целине. Према савременом европским континенталним кривично-процесним правима, припремни стадијум се дели на полицијски, неформални, криминалистички поступак и формализовану тужилачку или судску истрагу. Током историје европског континенталног поступка, није увек тако било. Припремни поступак је био неиздиференциран² и у том ширем смислу ћемо у овом раду користити термин «истрага». Значај, обим и органи овако схваћене истраге су се током историје мењали као и положај окривљеног у њему.

2) Значај истраге

Истрага је *фактички* најважнија фаза поступка у кривичном поступку. У њему се прикупљају подаци и чињенице о извршеном кривичном делу и њиховом учioniоцу. На њима се заснива оптужни акт, на основу које ће се организовати само суђење. Прикупљени материјал ће бити основа доказивања на претресу пред судом. Међутим, чињеничног материјала сакупљеног у припремној фази је још и много већи. Искуство је показало да се у току доказивања на главном претресу, упркос често супротним намерама законодаваца, заправо и *не врши мериторно доказивање*, него *репродукција* материјала сакупљеног у истрази³. Због тога, резултат истраге суштински утиче на само суђење. *Прво*, од тога зависи да ли ће уопште доћи до суђења, и *друго*, какав ће бити исход. Суђење јесте срж поступка, јер се ту доноси пресуда, али да ли ће га уопште бити, то у битној мери зависи од исхода истраге. Ако у истрази није сакупљен материјал довољне количине и квалитета, неће доћи ни до суђења. Надаље, квалитет и количина прикупљених доказа у истрази битно утичу и на *исход* будућег претреса. Фактички, докази прикупљени у истрази одређују правац дешавања на суђењу и њен коначан исход. Сликовито речено, суђење је «глава» поступка а истрага је «врат».

Истрага има и важну гаранцијалну функцију за окривљеног. Она треба да спречи његово неоправдано извођење на суђење. У истрази се мора сакупити толико доказа, да то буде по оцени тужиоца довољно за осуду окривљеног на самом суђењу⁴. Ако у истрази није сакупљено толико материјала који оправдавају извођење окривљеног на суђење поступак се мора обуставити.

² То је основна карактеристика и савременог англосаксонског оптужног поступка.

³ Farkas, Á./Róth, E.: A büntetőeljárás, Budapest, 2004. стр. 20.

⁴ Putzke /Scheinfeld: Strafprozessrecht, München, 2012, стр. 19.

На основу реченог, јасно је да је судбина окривљеног у суштини решавана у истрази и да се на «*истрази све заснива*» јер «*Испраћа даје основ за пресуду и од њога зависи коначна судбина окривљеног*» како је речено већ и у казненом реду Марије Терезије⁵. Једном речју, положај окривљеног у истрази је од капиталног значаја. То је разлог нашег проучавања његовог положаја у истрази. У даљем излагању показаћемо какав је био положај окривљеног у истрази у неким историјским типовима кривичног поступка.

II Римски кривични поступак

1) Орјани судске власти и кривични њосиујци

Кривични поступак су за време дуге историје римске државе спроводили разни органи и имао је различите облике⁶. Може се уопштено рећи да је наступање против учинилаца дела опасних по друштво (*iudicatio*) било у надлежности римских магистрата који су имали империјум. Краљеви, диктатори, конзули, претори, народни трибуни и у извесној мери и едили су такође били надлежни за *iudicatio*. Кривични поступак је у великој мери зависио од органа који је вршио судску власт.

Кривични поступак су спроводили:

1. самостално и јавно спровођен поступак магистрата, прогон у оквиру казнене власти на основу имериума тзв. *coercitio*.

2. јавни прогон од стране магистрата (*iurisdictio*), окривљени је могао изјавити жалбу народном збору (комицијама),

3. приватно гоњење у ком је мериторну одлуку доносио судија- поротник постављен од магистрата,

4. поротни суд под председавањем магистрата (*iudicium publicum*),

5. кривични поступак у муниципијама,

6. кривично судовање сенатске комисије под председавањем конзула,

7. кривични поступак принцепса и његових легата,

8. кривично правосуђе царских чиновника у периоду домината,

9. кривични поступци и органи прогона сталешког карактера.⁷

Осим поступка пред поротним судом, остале процесне форме су вођене *по службеној дужности од стране орјана власти*. Пре доношења одлуке спровођена је *службена испраћа*.⁸

У најраније време, цео кривични поступак је покретан и вођен од стране органа власти (магистрата) по службеној дужности. Спроводили су

⁵ Constitutio Criminalis Theresiana (1768.g.) Art. XX. par. 1, par. 2.

⁶ У једном оваквом раду немогућ је детаљан приказ.

⁷ Према Zlinszky, J.: *Római büntetőjog*, Miskolc, 1995. стр. 45.

⁸ О томе пише и Улпијан (Ulpianus): »Ради откривања кривичних дела обичај је да се орјанизује испраћа(...)» *Digeste*, 48.18.1-4.

га посебни магистрати: *duoviri perduellionis, questores parricidi* итд. Магистрат је позивао окривљеног и спроводио је службену истрага за прикупљање доказа (*anquisitio*). Поступак је био јаван, суделовање браниоца није било уобичајено, али није било ни недопуштено⁹. Након завршетка поступка, магистрат је могао изрећи ослобађајућу пресуду и поступак је тиме био окончан. Ако је окривљени осуђен на смрт¹⁰ или глобу у корист храма, имао је право да тражи коначну одлуку народа. Због тога је магистрат од почетка морао водити поступак тако да буде сабрано сво потребно доказно градиво, које ће, ако буде потребно, бити презентовано народном збору. Тако је настао правно уређен кривични поступак.¹¹

У погледу свих других јавних кривичних дела за које окривљеном није претила смртна казна, или глоба преко одређеног износа, магистрати су судили на основу свог империјума која се у овим случајевима испољавала као казнена власт (*coercitio*). Та власт није била ни у ком погледу правно уређена и магистрати су судили по својој увиђавности.

И у доба републике магистрати су на основу свог империјума имали могућност кажњавања (*coercitio*). Поступак је покретан по службеној дужности, вођен је јавно, а доказе су прикупљали државни службеници. Магистрати су после обављеног истражног поступка (*anquisito*) припремили предлог пресуде. Коначну одлуку је доносила народна скупштина.

Средином периода републике основани су *сїални кривични судови* (квестије) за сва јавна кривична дела, уведен акузаторски поступак и поротни суд. Нестао је тип магистратског кривичног поступак са могућношћу призива на збор народа.

За кривична дела за која нису биле надлежне квестије и даље су судили магистрати у правно неуређеном поступку (*coercitio* касније названа *cognitio*). За тај поступак није била потребна формална тужба. Започињан је и вођен по службеној дужности по нечијој пријави или на основу власти тог сазнања магистрата. Доказни материјал су сакупљали чиновници.

У царско доба настају значајне промене.

У *їериоду їринциїаїаїа*, у пракси је доминирао *cognitio* са службеном истрагом, који је проширен и на случајеве приватних деликата у којима је раније била допуштена само грађанска тужба. Ако је судија поступак покренуо и водио на основу пријаве, или сопственог сазнања, по службеној дужности, тај поступак није био правно уређен, већ је поступао по својој савести.

⁹Zlinszky, J.: Цит. дело, стр. 47.

¹⁰ У то време су постојала већ дефинисана кривична дела која вређају јавни интерес. За њих је била прописана смртна казна и могућност окривљеног да се обрати народном збору (комицији).

¹¹ Вауег, V.: Цит. дело, стр.

Поред квестија, уведени су и конзулско-сенатски казнени судови. Конзули су на основу пријаве обављали истрагу. Кад су сматрали да је ситуација довољно разјашњена, сазивали би седницу сената. На седници би био обављен претрес и извођење доказа¹². Након тога донета је одлука.

Поред ових судова, паралелно се развило и принципсово (царско) правосуђе. Био је по природи, специјални суд намењен да отклони празнине у надлежности редовних судова. Поступак пред њим није био правно уређен, вођен је по службеној дужности и није било странака. Због ових карактеристика називан је *extraordinaria cognitio*. Поступак се одвијао на основу дискреционог овлашћења царског чиновника, слично коерцицији магистрата.

Уколико је поступак вођен на основу формалне тужбе, имао је углавном исту форму као у доба републике, али се јављају и значајне новине. Више није судио поротни суд, већ судија-чиновник, који је спроводио поступак од почетка до краја. Значајно се мења и положај судије у доказном поступку. Судија је почео активно учествовати у доказном поступку. Поред странака, и он је испитивао сведоке, а почео је испитивати и оптуженог. Са тим у вези, одмах на почетку царског доба, почела је примена тортуре и против слободних грађана¹³, дотад примењивана само на робовима¹⁴. Поступак више није био јаван, али се појавила могућност жалбе на пресуду.

За време доминација судски систем је потпуно преуређен у односу на принципат. Судови су постали део хијерархијски строго устројеног државног апарата. Судски поступак је спровођен у царској канцеларији пред царским чиновником, без јавности¹⁵. Покретан је по службеној дужности. Судија-чиновник је прикупљао доказе и доносио пресуду. Овај поступак се сматрао ванредним у односу на акузаторски поступак и није био правно уређен као оптужни поступак пред квестијама. У пракси је међутим, акузаторски поступак био у потпуности потиснут. Оживео је пред сам крај Римског царства.

Из овог сумарног прегледа јасно је да је нека врста истраге увек постојала у римској држави. То је проистицало из доказног система кривичног поступка. Коришћени су рационални докази (сведоци, иправе и сл.), њих је требало некако прибавити. Већ је тада схваћено, да то најбоље могу

¹² Овај поступак се временом претворио у поступак за окривљене из сенаторског стајежа.

¹³ На то указује цитат Улпијана у Digestama:» Цар Авџуст је наредио да се истрага не сме њочети шорјуром и да она није неопходна ради ауџенџичносџи истраге.(...) (Digeste, 48.18.1-4.).

¹⁴ Њима и нису судиле квестије већ их је кажњавао *pater familias*.

¹⁵ Детаљније Сич, М.: Основи римског права, Нови Сад, 2010. стр. 111-121.

извести органи власти. Каква ће бити судбина окривљеног у великој мери је зависила од исхода истраге.

2) *Положај окривљеној у цоку исцраце*

У време квестија, римски кривични поступак достиже завидну висину, мерену чак и данашњим стандардима. Настојао је да обезбеди објективно суђење. То је омогућавало оптужно начело, јавност, усменост, непосредност поступка и рационални докази. На самом суђењу, оптужени је имао положај странке. Дакле, његов процесни положај је био повољан, једнак положају тужиоца.¹⁶

О положају окривљеног у току истраге има мало података, јер осим правно регулисаног оптужног поступка пред квестијама, где службене истраге и *није било*, остали поступци, вођени по службеној дужности нису били правно уређени. Вођени су на основу дискреционог овлашћења јавног службеника. Ипак на основу расположивих података (нпр. да су дуго вођени јавно, окривљени се јавно саслушавао и сл.) се може закључити да је окривљени имао правни субјективитет. За почетак поступка био је неопходан одређени степен сумње, о чему пише и Улпијан:» *Цар хадријан је цисао Клаудију Кварцину, да се исцраца има цочетци од најсумњивијеи и од коца се цо мишљењу судије најлакше може сазнаци исцина*»¹⁷

У доба републике, тортуре против окривљеног ради изнуде призна није било, штавише оптужени на претресу се уопште није ни смео испитивати. Ни председник, ни било ко други није му смео постављати питања. Ако је желео, могао је по својој вољи давати изјаве и коментаре. Терет доказа кривице био је на тужиоцу. Пошто је гонио у јавном интересу, имао је нека овлашћења које тужилац у грађанским споровима није имао.

Према неким ауторима, имајући у виду укупан положај окривљеног у кривичном поступку, важила је претпоставка невиности¹⁸.

Окривљени је у исвесним случајевима, могао бити стављен у притвор, у зависности од процене органа поступка. Браћа Грах (Gracchus) а после њих и Ј. Цезар (Caesar) законом су укинули притвор, осим за неке случајеве. Ти закони су одредили да се римском грађанину мора дати могућност да се брани са слободе, изузев ако је затечен на делу или је гоњен због непослушности према државним органима. У класично доба се враћа притвор. Орган поступка је ценио да ли је потребан. Улпијан пише:» *О чувању окривљених одлучивао је цроконзул цо соисцвеној цроцени и на осно-*

¹⁶ Bayer, V.: Цит. дело, стр. 35.

¹⁷ Улпијан, Д. 48. 18. 1-4.

¹⁸ Zlinszky, J.: Цит. дело стр. 70.

ву шога је могао одлучити да се окривљени зајвори, преда војној сиражи, да остави јемце, или му доустити да се сам јави (на позов)». ¹⁹ У царско доба, притвор је био уобичајен у случајевима тешких кривичних дела, у осталим случајевима окривљени је могао остати на слободи ако постави јемце. ²⁰

У почетку царског доба суђење у одсутности није било дозвољено ²¹. Касније поступак је могао бити вођен и против одсутног окривљеног, али ако је оптужен за тешко кривично дело, одсутни окривљени није могао бити осуђен.

Кривица окривљеног је морала бити доказана, није могао бити осуђен на основу прости сумње. ²²

Окривљени је у току службене истраге од стране градских магистрата, јавно саслушаван (анквизиција). Преласком судске власти на владара, поступак је постао нејаван и тако изостаје контрола јавности. Сугестивна питања су била забрањена. ²³

До значајног погоршања положаја окривљеног долази у периоду принципата, кад је почела примене тортуре и на слободне грађане. Касније, у другој половини II. века, забрањена је тортура над припадницима виших слојева, осим за нека дела. У касније доба царства у поступцима због увреде величанства, тортура се почела примењивати и на слободне сведоке (над робовима -сведоцима је то било одавно практиковано, јер се сматрало да се од њих другачије не може сазнати истина) ²⁴. На опрез у погледу истинитости изнуђених исказа упозоравали су и цареви ²⁵.

¹⁹ D.48.3.1.

²⁰ «Цар Пије у једном свом писму наређује да се не мора оковати онај ко остави јемце за себе, изузев ако је оптужен за такво кешко дело да се не може поверити јемцима ни војној сиражи» Улпијан, D.48.3.3.

²¹ «Цареви Север и Каракала су наредили да се нико не кажњава у одсутству. Ошад важи правило да се одсутни не може осудити. Правичносћ не дозвољава да се неко осуди, а да није ни саслушан» Марцијан (Martianus), D.48.17.1.

²² «Према писму цара Трајана Лулију Фортиу нико (...) се не може осудити на основу просће сумње (...) правилније је, наиме, кривично дело оставити некажњеним, него осудити невиној» Улпијан D.49.19.5.

²³ «Онај ко врши испитивање, не сме оставити питање, да ли је Луције Тити убица? већ питање треба оставити уопштено: ко је убица? Иначе се, оно више чини суестејом него питањем. То констатирује и допис цара Трајана» Улпијан, D.48.18.1.21.

²⁴ Треба ипак нагласити да је примена тортуре и у царско дона, у поређењу са каснијим временима била прилично ограничена (видети: Вауер, V.: Цит. дело, стр.37.).

²⁵ На то указује Улпијан у Digestama: «Царске наредбе најплашавају да се резултатима тортуре не сме увек и у свему поверовати. То је опасна и осетљива ствар и често даје само привид истине. Многи су кадри да подносе муке и дају такве исказе из којих се не може извући истина. Друји су колико осетљиви да слажу било шта само да не морају ште-

III. Акузаторски поступак у ранофеудалним државама

1) *Орїани судске власцїи и кривични њосцїуцїи*

У државама основаним на територији некадашње римске државе, вековима је примењиван традиционални германски племенски оптужни поступак, заснован на верско – магијским веровањима.

Поступак је био прост и демократичан. Пресуду је доносио народни збор (Thing), на предлог посебног тела, састављеног од најугледнијих људи вичних праву. Њих је бирао народни збор за дати случај, или на одређени временски период. Пресуда је била донета, кад је предлог усвојио збор. Поступак је био јаван и усмен. Судило се на отвореном, на пољани, брегу, под старим дрвећем, одређеног дана или кад је пун или млад месец. Поступак је био неидиференциран, једнако се судило у грађанским споровима и кривичним предметима. То је била, између осталог, и последица приватноправног схватања кривичног дела које се није разликовало од грађанског деликта. Кривично дело је била ствар учиниоца и оштећеног и није утицала на однос учиниоца и заједнице. Кривичноправне санкције су биле у суштини накнада штете учињене кривичним делом, по прецизно разрађеном ценовнику²⁶. Кривична тужба је на то и била управљена.²⁷ Понекад и евентуално окривљени је обавезан да плати и помирињу (fredus)²⁸. За најтеже деликте, оптуженом је могло бити изречено и протеривање из заједнице (Friedloslegung). Постао је «вукодлак» (Werwolf) и сви чланови заједнице су имали право и дужност да га убију.

Поступак је био је чисто акузаторан, водио се по тужби оштећеног или његовог рода, поред тога, понегде су постојали и одређени облици поступања по службеној дужности.²⁹ Овако конципиран оптужни поступак се вековима одржао, али временом су се јавиле и неке новине. Народно правосуђе се задржало, с тим да је збором председавао гроф-краљев службеник. Постепено се развио и краљевски суд који је временом постао другостепени односу на зборове. Карло Велики је спровео реформу којом је народни збор био елиминисан из суђења. Он је увео поред редовних и обавезних зборова, на којима је морао учествовати сав народ (тј. сви мушкарци способни за оружје), ванредне (“наређене”) зборове на којима је учествова-

цїи болове мучења. Збој цїоца дају различитије исказе и лажно оцїиујују не само себе већ и друце» (Digeste, 48.18.1.23.).

²⁶ Због тога, тадашњи кривични законици делују као пијачни ценовник. Дobar пример је законик Салијских франака (Lex Salica).

²⁷ То добро илуструје тзв. Wergeld, накнада штете породици, роду, племену у случају убиства.

²⁸ Она се плаћала држави. То је био једини јавноправни аспект казне.

²⁹ Такав је био нпр. поступак пред Синодалним судом.

ло само 7 скабина (поротника) на које је у суштини пренета правосудна власт. Он је по неким тиме “*хѿео да ослободи народ од ѿешке обавезе суделовања на збору*”³⁰. Заправо, радило се о јачању краљеве власти у правосуђу, јер су скабини постали краљевски службеници.

Пошто су кривично дело и прогон сматрани за приватну ствар учињеноца и оштећеног, они су се скоро увек могли нагодити. У том случају, до судског поступка није ни долазило. Суђења су била због тога реткост,³¹ и до њих би долазило, само ако се учинилац и оштећени нису могли нагодити и икључиво на иницијативу оштећеног, јер се држава доследно држала по страни. Рационални докази нису ни прикупљани ни извођени. То право није нпр. познавало случајне сведоке, главно доказно средство у римском поступку. Доказивао је по правилу окривљени а тужилац само изузетно. Доказна средства су била ирационална, строго формализована, примитивна³² и неподобна за утврђивање истине³³: заклетва и божји суд.

Главно доказно средство је била заклетва очишћења окривљеног. Али само заклетва окривљеног није била довољна за тежа кривична дела. У тим случајевима, окривљени је морао пронаћи правном нормом прописани број (највише 12) лица, која су својом заклетвом била спремна потврдити да је заклетва окривљеног истинита. То су били тзв. саклеветници³⁴. Њих треба стриктно разликовати од чињеничних сведока. Саклеветници су само полагали заклетву да имају поверење у заклетву окривљеног, тј. да је сматрају истинитом. Нико их није питао на основу чега. Треба имати у виду да је кривоклетство тада строго кажњавано. Саклеветник се излагао озбиљним проблемима, ако се испоставило да је заклетва окривљеног била лажна. То је био јак подстицај да се добро обавесте о случају, пре него што положи заклетву.³⁵ Заклетва је дакле, могла бити дата на основу резултата личне истраге саклеветника, али и на основу простог поверења у окривљеног.

2) Положај окривљеног у ѿоку исиѿраѿе

О положају окривљеног у истрази се и не може говорити, јер *никакве службене исиѿраѿе* усмерене на прикупљање доказа *није било*, пошто рационални докази (сведоци, вештаци и сл.) нису ни били потребни. Због тога је поступак после минималних припрема, (нпр. позивања окривљеног

³⁰ Roxin, C.: *Strafverfahrensrecht*, München, 1989. стр. 423.

³¹ Kindhaeuser, U.: *Strafprozessrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2010. стр. 387.

³² Roxin, C.: Цит. дело стр. 423.

³³ Kindhaeuser, U.: Цит. дело, стр. 387.

³⁴ Познавао их је и Душанов Законик.

³⁵ Bayer, V.: *Kazneno postupovno pravo*, prva knjiga, poviestni razvoj, Zagreb, 1943. стр. 84.

пред суд) почињао са суђењем. Међутим ,окривљени у сопственом интересу морао је ипак обавити неке припремне радње .Због тога је припремни поступак за њега и ту био важан, иако битно другачије природе него данас, због битно другачије природе доказних средстава.

Његова главна припремна активност, по природи ствари, била је усмерена на прикупљање саклеветника³⁶ који ће својом заклетвом подржати његову заклетву очишћења³⁷, или налажење борца који ће га заступати у двобоју , ако се неће , или се није могао сам борити. Уколико се саклеветници и заступник у судском двобоју сматрају доказним средством, тада је припремна активност окривљеног усмерена на прибављање тих “доказних средстава” била неки вид приватне истраге. У томе је могао рачунати само на помоћ свог рода или племена. Ако није успео сакупити довољан број саклеветника , или заклетву уопште није ни могао положити, остало је друго доказно средство: божји суд³⁸ . У неким случајевима оптужени је био присиљен доказивати божјим судом. Оптужба је могла бити већ тако подигнута да је морао доказивати своју невиност божјим судом. Било је и таквих тужби код којих је унапред било одређено да оптужени , ако не призна, мора доказивати божјим судом. То је био редовно судски двобој. Извођење божјег суда су организовали суд и црква. Црква се дуго и жестоко противила божјим судовима, али ни после више столећа није их успела сузбити, у тој мери су они били укорењени у тадашња схватања. Напокон их је и сама прихватила и примењивала и у својим судовима. Божји судови су после вековима обављани уз верску помпу и церемоније. Извођени су пред црквом или у самој цркви уз звоњаву звона ,у присутности црквених достојника и црквене церемоније. Међу представницима световне власти била су подељена мишљења о њиховој вредности. То међутим није сметало да се у пракси примењује у великим размерама³⁹ .

Божји судови су могли бити тзв. једнострани, у којима је учествовао само окривљени или изузетно , тужилац(божји суд хладном водом, врућом водом, у сијаним железом, коцком, мртвачки одар, суд јела сл⁴⁰.) и двостра-

³⁶ У неким германским правима саклеветнике је бирала супротна страна, или пола окривљени, пола тужилац.

³⁷ Супротна страна је могла напасти доказ заклетвом. Тиме је настао спор између нападача и супротне стране(окривљеног, сведока па и судије). Тај се спор морао решавати судским двобојем. Исход двобоја је одлучивао и о коначном успеху превобитног доказивања. (Видети: Вауер, V.: , цит. дело , стр. 90.)

³⁸ Божји судови су коришћени и изван кривичног поступка, као универзално средство за решење тешких спорова. Кад је нпр. Карло Велики у свом тестаменту поделио царство међу синовима , одредио је да у случају спора око граница одлучи божји суд крстом. (Видети : Вауер, V.: Цит. дело, стр. 86. фн. 25.)

³⁹ Вауер, V.: Цит. дело, стр. 84.

⁴⁰ Неке од њих познавао је и Душанов законик.

ни у коме су учествовали тужилац и окривљени(судски двобој и »крст«).Најважнији божји суд је био судским двобој.Имао је различите форме код појединих племена (различита правила, оружја). Победник двобоја је успео са доказивањем и доказао своје право.Судски двобој је био повластица слободних људи у првом реду племства. Двобој је вођен правим,бојевим оружјем најчешће кољем и мачем на коњу. Честе су биле тешке повреде па и смртна рањавања⁴¹.Нека племена су допуштала заступање у двобоју.Заступане су могле бити обе стране.Тако су могла своје право доказивати и лица која нису била способна или вична оружју.Заступање је било тим пре могуће јер се ова “установа” уопште заснивала на веровању да ће победити онај ко је у праву.Тј. да Бог неће дозволити да победи јачи и спретнији, него онај ко је у праву.Судски двобој није био никакав експес, већ легални саставни део доказног поступка.Тзв. «доказна пресуда» суда је могла гласити и на двобој. Легално средство је био и вансудски двобој.Служио је за “споразумно” решење спора ван суда и замењивао судски поступак у целини⁴². Ако је ствар решавана двобојем, за окривљеног се “ припремни поступак “ сводио на налажење борца који ће се борити за њега (ако је заступање било дозвољено) или на тренинг у баратању оружјем.

У класно строго подељеном друштву,положај окривљеног је у значајној мери зависио од сталешке припадности, порекла ,положаја и имовног стања.

Припадник племства и друга привилегована лица ,имућан ,угледни члан заједнице лако се могао нагодити са оштећеним ако је овај био нижег ранга или његовим родом или племеном и тако избећи кривични поступак.

Неједнакост је долазила до изражаја и у могућности да таква лица прибаве саклеветнике или ако су морала доказивати судским двобојем, да унајме неког прекаљеног борца да их заступа.

Ако занемаримо ове околности, положај окривљеног који проистиче из саме структуре поступка, био је лош. У неким случајевима,оптужени уопште није ни сматран странком, па није ни долазио до речи пред судом, а терет доказа је био на њему.Важила је дакле презумпција кривице.То је већ само по себи било крајње неповољно по окривљеног, јер ако није успео са доказивањем, чекала га је осуда. Ако је морао доказивати божјим судом,исход је био крајње неизвесан и лако је могао бити фаталан за њега, чак и ако је добио на доказивању. Наиме, поред судског двобоја и неки други врло често практиковани божји судови су били опасни по живот.До-

⁴¹ Едиција:Nagy civilizációk, Frank Birodalom(превод, наслов оригинала:Imperio Carolingio,ур. D.Gimeno),изд. Kossuth, 2010,str.48

⁴² Bayer,V.:Цит. дело,стр.88.

бар пример у том смислу је божји суд хладном водом. Окривљеном су чврсто везане руке и ноге, а око паса му је везан конопац. Након тога је бачен у воду. Ако је потонуо, победио је, али се врло лако могло десити да се успут удави. Јер, ако су судије хтеле бити сигурне, нису журиле са извлачењем дављеника из воде. Ако се толико копрцао да није потонуо, а нагон за самоодржање га је на то терао, игубио је («неће да га прими чиста вода, крив је») и следила је осуда. Божји суд врелом водом и усијаним гвожђем су такође били опасни по живот, због тешких опекотина. Та врста повреда се и данас тешко лечи. У средњовековним катастрофалним хигијенским условима те ране су се веома лако могле загадити и довести до тешке инфекције и у недостатку лекова, проузроковати смрт окривљеног. Посебно, ако имамо у виду, да је након вађење предмета из вреле воде или ношења ужареног железа у рукама, следила друга фаза божјег суда. Испечена рука је *умоћавана у завој* (о неким условима стерилности није могло бити ни говора). Свештеници су стављали печате на завој и одређени број дана се *није смео скидајти*. Тако су стварани идеални услови за инфекцију опекотине. Тек након скидања завоја је постало јасно да ли је окривљени добио или изгубио. Ако су се на рани показивали *знаци зацељења*, победио је, у супротном, изгубио. Божја воља се по веровању, *није* испољавала у томе да ли ће се окривљени опећи или не. Ни средњовековни човек није био толико ограничен да не би знао, да ће се онај ко носи ужарено железо у рукама или урања руку у кључалу воду, сигурно опећи. Божја воља се испољавала у *знацима зацељења* или *незацељења* опекотине. То је било меродавно. Исход божјих судова је био потпуно неизванан и опасан. Ако би окривљени и добио на доказивању, због инфекције ране и других компликација, то га је могло коштати живота. Ако је изгубио чекао, га је целат, нарочито у каснијим периодима, кад су се почеле примењивати телесне казне. Због тога његов положај је у суштини био крајње неповољан. Мало упрошћено, само од случаја је зависило да ли ће умрети од руке целата као кривац или од последице божјег суда као невин. Ипак, треба рећи, да нису сви божји судови били опасни по живот, штавише, неки су пружали неке шансе и кривцу да се се извуче. Такав суд је био тзв. мртвачки одар. У неким крајевима често практикован код убиства. Окривљени је морао пољубити леш: ако је из рана потекла крв или појави пена на устима (негде се тражило и да се леш покрене) био је крив, у супротном невин. Из рана на лешу, пошто је престао рад срца, тешко је могла потећи крв, па су код овог божјег суда и кривац и невин имали добре шансе да не буду кажњени. Код неких божјих судова телесна конституција, снага и спретност, увежбаност су могли имати одлучујући утицај на исход божјег суда. Такав је био тзв. »крст«. Тужилац и окривљени су стали један наспрам другог, испружи-

ли руке постранце и подигли до висине рамена. Тако, да им је тело створило облик крста. Онај ко је први *сјусџио руке*, изгубио је. Овај «бескрвни» божји суд је форсирала црква. Изложено добро показује да је исход божјег суда био најчешће врло неизвестан и могао је бити и крајње неправедан. Тј. могао је довести до тога, да се кривац ослободи или невин осуди. То је постало нарочито важно кад су кривичне санкције, уместо чисто имовинских, у периоду од XI-XIII века почеле постајати казне уперене против живота и тела. Упркос свему, божји судови су практиковани дуги низ столећа, све док IV Латерански сабор 1215. г. није забранио једностране божје судове (хладна и врела вода, усијано железо итд.). Они су полако одумрли, и на њихово место је ступила тортура. Судски двобој је опстао дуже. Има извештаја о таквом решавању спора чак из средине XV века⁴³.

Тек у другој половини средњег века почињу реформерска струјања у првом реду у градовима северне Италије, а после и другим великим центрима континенталне Европе. Уместо традиционалног оптужног поступка све више и више се примењује поступак по службеној дужности са рационалним доказима, сведоцима итд. Тј. полако се формирао, разрађивао и ширио инквизиторски поступак. Ван градова, све је још дуго остало исто: приватан прогон са формалним доказима и божјим судовима.⁴⁴

IV. Инквизиторски поступак

1) Насџанак и каракџерисџике инквизиџорскоџ џосџуџка

У средњевековној Европи дуго је важио горе описан оптужни поступак заснован на племенским традицијама и верско-магијским елементима. Настао је обичајним правом. Овај поступак препуштен приватном лицу (оштећеном или било ком из народа) никад није потпуно задовољавао, а са развијањем друштвених односа, у касном средњем веку и формирањем апсолутистичких држава, задовољавао је све мање. Недостаци ове форме довели су врло рано до одступања од ње, тј. до неких облика гоњења по службеној дужности. Али, такве форме поступања су имале углавном локални карактер. Међутим, ти изузеци су временом постали «*све бројнији и довели су до џосџуџноџ найуџџања оџџуџне и џрихваџање исџражне форме џосџуџања*»⁴⁵.

Након векова опште друштвено-економске и културне кризе и стагнације у коме је владало сујеверје и верски мистицизам, касни средњи век

⁴³ Видети опис једног судског двобоја из 1455. г. у Француској, код Хојзинга, Ј.: Јесен средњег века, Нови Сад, 1991. стр. 130.

⁴⁴ Roxin, С.: Цит. дело, стр. 422.

⁴⁵ Васиљевић, Т.: Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1981. стр. 18.

доноси дубоке друштвено-економске промене. У доба општег препорода, многе дотад неприкосновене друштвене институције постају неподобне за испуњавање друштвене функције коју су дотад вршили и коче даљи развој друштва. Једна од таквих застарелих институција био је и традиционални оптужни кривични поступак. У пракси је тада већ испољавао тако тешке недостатке да више није био одржив. Тај поступак је био у целини неподобан за систематско сузбијања криминалитета, али највише због тога што је покретање поступка било у рукама приватног лица (оштећеног или неког другог) и због ирационалног доказног система који је био апсолутно неподобан да се утврди стварна истина о делу и кривцу.

У традиционалном оптужном поступку, иницијатива за гоњење учинилаца је у принципу била у рукама приватног тужиоца. Он је гонио када је то било у његовом интересу, игноришући евенетуални општи интерес. Захваљујући томе, окривљени се скоро увек могао нагодити са тужиоцем и тако избећи кривични поступак. Због тога је до кривичног поступка долазило само *изузетно*, ако се оштећени и учинилац нису нагодили. Нагодба је била могућа и након изрицања пресуде. Поступак је био неизвесан, владала је самовоља а овлашћења судије су била неограничена⁴⁶.

У доба ренесансе sazрева идеја да су кривична дела штетна и опасна не само за оштећеног већ и за целу друштвену заједницу и да је неопходно њихово систематско сузбијање у јавном интересу од стране државних органа. Због тога, више се гоњење учинилаца кривичних дела не може препустити личним интересима оштећеног⁴⁷. Спознаја, да је кажњавање криваца неопходно ради одржања правног поретка и да је задатак јавне власти прогонити их по службеној дужности, вршила је снажан утицај на даљи развој кривичног поступка. Највеће достигнуће правне мисли тог доба је управо потпуно сагледавање јавноправне природе кривичног права⁴⁸.

Тада је већ у тој мери ојачала централна државна власт, да је идеју о јавноправном прогону учинилаца кривичних дела могла спровести у дело.

Други недостатак који је онемогућавао систематски прогон, био је доказни систем, који је још увек почивао на ирационалним, верско-магијским основама и ирационалним доказним средствима, наслеђеним из племенског доба⁴⁹. Веровања на којима се тај систем заснивао, нису била више тако јака као у претходном историјском периоду и све су више слабила. Због тога, ирационална доказна средства су све више губила свој

⁴⁶ Peters, K.: *Strafprozess*, Heidelberg, 1985. стр. 60.

⁴⁷ Bayer, V.: *Цит. дело*, стр. 100.

⁴⁸ Balogh, J.: *A Magyar bünvádi eljárási jog*, Budapest, 1901. стр. 30.

⁴⁹ Након што је IV Латерански сабор 1215.г. забранио једностране божје судове, они су полако нестајали из судске праксе.

легитимитет . Били су и неизвесни и неправедни и били су све мање прихватљиви . Због тога, читав се казни поступак почео “ љуљати у својим темељима, у свом доказном праву”⁵⁰. У крајњој линији, на њима се није могао засновати организовани систематски прогон криминалитета у јавном интересу.

Очигледан друштвено-економски развој у том периоду, након много векова стагнације, све сложенији друштвени односи, раст друштвене покретљивости тиме и криминалитета , измењени погледи на свет итд. захтевали су хитну и темељиту реформу кривичног поступка. Осећала се јака потреба за увођење новог , добро разрађеног и систематизованог кривичног поступка, који ће радикално превазићи структуралне недостатке традиционалног оптужног поступка и омогућити систематски и ефикасан прогон учинилаца кривичних дела. Римско право које је тада сматрано основним извором права, није имало правно обликован и систематизован кривични поступак по службеној дужности. Једини такав расположиви модел је био тај коју је разрадила италијанска правна мисао и пракса на темељу канонског поступка по службеној дужности. Тај поступак канонског права је за време папе Иноћентија III , на IV Латеранском црквеном сабору 1215.г. добио законску форму⁵¹ . Средином XIII века у Италији започиње рецепција тог италијанско-римско-канонског инквизиторског поступка у световним судовима и правној теорији⁵². Кроз судску праксу почео се примењивати и у Немачко-римском царству и Аустрији али дуго није био законски регулисан.

После доношења више пратикулраних инквизиторских поступника⁵³ на Земаљској скупштини Немачко –римског царства у Regensburgu , 1532.г, усвојен је “Ред за казнене судове цара Карла V. и светиој римској царстви”⁵⁴ познат и по латинском називу “*Constitutio Criminalis Carolina*” (или скраћено С.С.С.а често се користи и скраћеница “Каролина”)⁵⁵ .Са

⁵⁰ Bayer V.: Цит. дело, стр. 101.

⁵¹ Peters, K.: Цит. дело, стр. 63.

⁵² Нарочит утицај је имао посебан црквени поступак «истрага за искорењивање јереси» (“*Inquisitio hereticae pravitatis*”) који је познавао тортуру.

⁵³ Најзначајнији и најуспелији међу партикуларним законима био је *Halsgerichtsordnung für Bistum Bamberg*⁵³ (1508.г.) у којем су на успешан начин спојени институти италијанско-римско-канонског кривичног права и поступка са елементима домаћег права. У Аустрији , најстарији инквизиторски поступници су били *Halsgerichtsordnung für Tirol* 1499.г., *Halsgerichtsordnung für Radolfzell* 1506.г. и *Ladsgerichtsordnung* за Доњу Аустрију 1514.г.

⁵⁴ Bayer, V.: Цит. дело, стр. 103.

⁵⁵ Законик је издат на немачком језику. Потпуни назив: “*Des allerdurchlechtigsten grossmechtigsten vnüberwindlichsten Keyser Karls des fünften. vnd des beyligen Römischen Reichs peinlich gerichtis ordnung , auff den reichstaegen zu Auspurk vnd Regenspurgk , inn jaren*

њиме је и формално оснажена рецепција италијанско-канонског-римског права.⁵⁶

Тако је створена “мајка” свих инквизиторских поступника, која ће вршити снажан утицај све до краја “ере” инквизиторског типа поступка средином XIX века. То је разлог да се укратко осврнемо на неке њене одредбе које одражавају суштинке карактеристике инквизиторског поступка и положај окривљеног.

2) Каролина

Каролина је најзначајнија кривичноправна кодификација средњег века⁵⁷ чији се утицај и данас осећа⁵⁸.

Она је настала спајењем римско-канонских правних института са неким елементима традиционалног домаћег немачког права. Ти традиционални елементи су имали у првом реду улогу очувања илузије да још увек важе најважнији институти старог права и тако отупе оштрицу отпора новом поступку. Законодавац се потрудио да они имају углавном само симболичан значај, без стварне, практичне вредности.

На идејним основама јавноправне природе кривичних дела и потребе за систематским јавним прогоном у јавном интересу, Каролином су начињени важни радикални кораци ка новом типу кривичног поступка.

Јавноправно схватање кривичног дела и прогона је доследно спроведено. Окривљени се више није могао ослободити поступка и казне нагодбом са оштећеним. Прогон више није био у рукама оштећеног. Формално, оптужни поступак није био укинут, већ је изједначен са инквизиторским. Штавише, Каролина детаљно регулише само оптужни поступак,⁵⁹ а о инквизиторском поступку говори често уопштено и уз напомену да важе аналогно прописи за оптужни поступак. На основу тога се стицала илузија да је оптужни поступак правило а инквизиторски изузетак. Али је у пракси било управо *суiproino*. Кривични поступак за било које дело могао је започети или на тужбу оштећеног или по службеној дужности. Међутим, Законик је имао неке изразито дестимулативне одредбе у погледу тужбе оштећеног, вероватно да би до тога што ређе дошло, а ако и дође, да улога

derissig, vnd zwey vnd dreissig gehalten, auffgericht vnd beschlossen” или на немачком језику у краћем облику “*Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V*” (скраћено P.G.O.)

⁵⁶ Ogorelica, N.: *Kazneno procesualno pravo*, Zagreb, 1899, стр. 21.

⁵⁷ Пошто се о њој доста зна, сматрамо да нема потребе за њено обимније приказивање. Ограничићемо се само на неке напомене.

⁵⁸ Peters, K.: Цит. дело, стр. 61.

⁵⁹ Закони појединих немачких земаља су још дуго сматрале оптужни поступак јединим *редовним* поступком а инквизиторски *ванредним*. Тако нпр. још и пруски *Landsrecht* од 1721. г.

тужиоца буде маргинална. Суд је наиме, био дужан *iprii tvoriti i tuzhoiца* док није пружио материјално јемство да ће оптуженом надокнадити сву штету (материјалну и нематеријалну) ако буде ослобођен⁶⁰. Таквој непријатности се ретко који оштећени излагао, јер за тим и није било никакве потребе. Подношењем просте пријаве суду, поступак је започео, текао и окончао *ex officio*. Због тога је оптужни поступак у пракси био реткост. Тако је омогућена пуна афирмација начела официјелности. То је и био циљ реформе: осигурати јавни прогон по службеној дужности од стране државних органа.

Темељно је промењено и доказно право. Напуштен је стари систем формализованих, ирационалних доказних средстава, непогодних за утврђивање стварне истине, а уведен римско – канонски систем рационалних доказа. Суд је имао *ipravo i dужности* да утврди *истиину* у јавном интересу, и да осуди *стварној кривца*. За осуду окривљеног су прописани строги услови. Неопходно је било његово *добровољно* признање или сагласна изјава најмање два сведока одређеног квалитета. Признање је било главно доказно средство (*«regina probationem»*) које је требало да гарантује да је утврђена стварна истина.⁶¹ На основу индиција, као мање поузданих доказа, окривљени није могао бити осуђен. Међутим, у пракси је био редак случај да је било два сведока задовољавајућег квалитета, а из разумљивих разлога ни добровољно признање окривљеног није било често. Пошто директних доказа најчешће није било, а на основу индиција се није могла донети осуђујућа пресуда, било је неопходно прописати додатни механизам за прибављање директних доказа. Најједноставнији начин за то било је натерати окривљеног да призна, кад је његова кривица индицијама већ иначе доказана. Из схватања, да је прогон у јавном интересу, није било тешко извести закључак, да је окривљени управо због јавног интереса, *дужан* дати *истинији* исказ⁶². Ако окривљени неће добровољно да испуни ту своју дужност, на то се може *нашераши* применом принуде, исто као и на испуњење других законом прописаних дужности. Тако је уведена тортура у доказни систем. Она сама по себи *није било доказно средство* већ само *јомоћно средство* за прибављање *иправој* доказа, тј. признања окривљеног. Признање изнуђено тортуром је бележено у записник. Након дан-два, на поновном саслушању, окривљеном је записник прочитан и позван да га потврди⁶³. Ако је окривљени то учинио, ова

⁶⁰ С.С.С. чл.12-15.

⁶¹ Kindhaeuser, U.: Цит дело, стр.388.

⁶² Ово схватање је опстало до краја важења инквизиторског поступка. Видети, Novokmet, A.: *Austrijski Zakon o kaznenom postupku iz 1853. g. s osvrtnom na njegovu ulogu u povijesti hrvatskog kaznenog procesnog prava*, Pravni vjesnik бр. 2/2011, стр.98.

⁶³ С.С.С. чл. 56. i 58.

потврда се сматрала „*слободно дајим њризнањем*” и окривљени је могао бити осуђен. Творци Каролине су сагледали опасност тортуре по истину⁶⁴ па је био предвиђен посебан механизам за отклањање њених негативних ефеката . Прво, одређивање тортуре било је везано за доказе⁶⁵ на основу којих би данас суд сигурно осудио окривљеног⁶⁶ .И друго, била је прописана обавезна *шемељна ѡровера* постигнутог признање *ѡсле* тортуре⁶⁷. Пракса је ове гаранцијалне одредбе *ѡнуом снаѡом ѡнорисала*, али оне и иначе нису много вределе, јер по Законнику, у случају да не потврди признање, окривљени је *ѡново*⁶⁸ подвргаван мучењу⁶⁹ . Тортура је због тога доводила до честих погрешних осуда на основу изнуђених лажних признања, масивних злоупотреба и безграничне судске самовоље . Пошто је у највећем броју случајева било немогуће прибавити два сведока или добровољно признање окривљеног, установа тортуре је фактички постала централна установа овог доказног система „*ос око које се у ѡракси окрѡѡо чѡѡѡѡ ѡѡадањи казнени ѡсѡѡѡѡѡѡ*”⁷⁰ . Окривљени кога је захватио млински камен овог механизма био је изгубљен. Тако је прогресивна идеја о уклањању превазиђеног ирационалног доказног система и заснивања осуде на материјалној истини и њено доследно и круто спровођење кроз доказни систем, без обзира на цену, довела до игнорисања и потискивања било каквих , макар и елементарних права окривљеног у доказивању , а тиме и у целом поступку. Но тада се сматрало да је то непходно, јер се само тако може очувати јавни интерес утврђивања материјалне истине⁷¹ .

Инсистирање на материјалној истини оправдао би систем правних лекова. Међутим, Каролина није познавала институт правног лека. Ипак, у деловима земље , где је већ постојао од раније , опстао је и даље . Но ,неком зачетку правних лекова се може сматрати право и тужиоца и окривљеног (као и његових заговорника и пријатеља) да захтевају одашиљање целокупних списа (Aktenversendung) на „учене зборове”⁷² ради савета⁷³ .

⁶⁴ На ту опасност су упозоравали су већ и римски правници. Videti gore pomenuta dva citata Урјјана у Дигестама.

⁶⁵ Институт тортуре је познавао и традиционални оптужни поступак ,али је примењиван само у ретким случајевима, као нека врста бојјег суда, чије одређивање није било везано за строго дефинисане услове.

⁶⁶ С.С.С., чл.20. и даље.

⁶⁷ С.С.С.чл.54.

⁶⁸ Зато је ограничење тортуре у Терезијани на «само» три пута ипак штитила окривљеног.

⁶⁹ С.С.С.чл.55.

⁷⁰ Вауер, V.: Цит. Дело ,стр.108.

⁷¹ Вауер, V.: Цит. Дело ,стр.114.

⁷² Ogorelica, N.: Цит. дело ,стр.27.

Упркос свим недостацима, мерених *данашњим* мерилима, Каролина је била огроман напредак у односу на раније стање и имала је велики утицаја на даљи ток развоја кривичног поступка, који се осећа до данашњих дана. Увела је неопходан ред⁷⁴ и трасирала развој кривичног процесног права за следећих неколико векова у Европи⁷⁵.

3) Судови

Процес настанка инквизиторског поступка је повезан са процесом јачања централне власти владара⁷⁶, што је довело до формирања апсолутистичке државе касног феудализма. Наглашен јавноправни карактер кривичног поступка је могао бити остварен само у хијерархијски строго устројеном систему државних судова апсолутистичке државе у коме је врховна судска власт припадала владару.

4) Положај окривљеног у истраги

Инквизиторски поступак се временом мењао⁷⁷, али је истрага је била увек централни део поступка. Судбина окривљеног је ту решавана.

Ток истраге и положај окривљеног у истрази у инквизиторском поступку приказаћемо према *Constitutio Criminalis Theresiana*, инквизиторском поступнику средње генерације (1768.г.)⁷⁸. Поступак је по том законнику водио суд, који се старао и о оптужби и одбрани. Странака није било. Све основне процесне функције су биле спојене у једином субјекту поступка, у суду. Поступак је започињао истрагом по службеној дужности. Суд је могао започети поступак на основу *било каквих тласина и других индиција*. По Каролини је истрага је још била јединствена. Касније се дели на генералну инквизицију, која се води поводом сумње да је учињено кривично дело, и на специјалну инквизицију уперену против одређеног лица. Суд је био обавезан да у фази генералне инквизиције утврди *corpus delicti*⁷⁹. То је онемо-

⁷³ С.С.С. чл.219.

⁷⁴ Peters, К.: Цит. дело, стр.63.

⁷⁵ Peters стиче (цит. дело, стр.64), (...) *ако се занемари претшерања створоси и неирхвалитивни методи постујања (шоршур) из закона зрачи истински захтев за праведнос, иримереноси и људскоси*.

⁷⁶ То наглашава и М. Шкулић истичући да је инквизиторски поступак *«истинчан за доба јаке државе, посебно за апсолутне монархије»* (Шкулић, М.: Кривично процесно право, Београд, 2011. стр.7.).

⁷⁷ Завршни облик је добио са задњим поступницима у првој половини XIX Века.

⁷⁸ Детаљније видети: Фејеш, И.: Ток кривичног поступка према законнику *Constitutio Criminalis Theresiana*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр.3/2013, стр.173-195.

⁷⁹ О томе детаљније видети: Фејеш, И.: *Constitutio Criminalis Theresiana-corporis delicti*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр.2/2013, стр.163-187.

гућавало да се фаза прелиминарних извиђања(генерална инквизиција) без озбиљних доказа *настави* поступком упереним против *одређеној* лица(специјална инквизиција).

Кад је утврђен *corpus delicti*⁸⁰, и започела специјална инквизиција,окривљени је ухапшен, прелиминарно саслушан и позван да докаже своју невиност.Важила је презумпција кривице.Суд је имао неограничене могућности да одреди притвор.После извесног времена, након што се судија припремио и саставио оптужне тачке, следило је саслушање по оптужним тачкама.Ако оптужени није признао,уследио је доказни поступак у коме је суд саслушавао углавном сведоке,али је могао изводити и друге доказе.Након завршетка доказног поступка окривљеном је одобрено извесно време да размисли о својој коначној одбрани.После тога је обављено финално саслушање.Тиме је истрага била завршена. Пресуду је доносило судеће веће искључиво на основу списка,докази се нису изводили.Пресуда је могла гласити и на одређивање тортуре.У свим значајнијим случајевима, пресуда је слана вишем суду на претходно одобрење,па је тек након тога саопштavana окривљеном.Правног лека у правом смислу није било

Окривљени је имао крајње неповољан положај.Право на браниоца у истрази није имао.Затворен, сам ништа није могао учинити за свој спас.Судија се старао и о оптужби и о одбрани окривљеног, у мери коју је он сматрао потребном.

Имајући у виду драконске, нељудске казне феудалног кривичног права,разумљиво је да окривљени по правилу није признавао дело.Ако се стекло довољно индиција о кривици,суд је као што је горе већ речено,могао тортуром изнудити признање.Свеукупно посматрано,окривљени је фактички био лишен правног субјективитета у поступку.Он је био објект поступка.

V. Мешовити поступак

1) *Настајак и крајњерисијике њосиујика мешовитијој иишиа*

Мешовити поступак је настао у Француској након буржоаске револуције.

У Француској је до револуције важио инквизиторски поступак.Под утицајем просветитеља у првом реду Монтескјеа(Montesquieu),1791.г. као реакција на омрзнут инквизиторски поступак, преузет је енглески акузаторски поступак,са популарном тужбом и поротом.Поступак је био јаван

⁸⁰ *Corpus delicti* помиње и родоначелник мешовитог типа поступка, Code d instruction criminelle, прописујући у чл. 32. случајеве кад је «*краљевски тужилац(рејубликански тужилац)*» обавезан да га утврди.

усмен, са теретом доказивања на странкама. Судија је био доказно пасиван. Овај покушај пресађивања класичног акузаторноског поступка из Енглеске, где је већ имао вековну традицију, био је потпун неуспех и довео је до хаотичног стања у правосуђу. Због тога је хитно приступљено темељној реформи. Радови на реформи почели су већ 1801.г. Творци новог поступника су имали тежак посао. Повратак на стари инквизиторски поступак није био могућ, а акузаторски поступак преузет из Енглеске је довео до колапса правосуђа, дакле, ни он се није могао преузети.

Упркос тешкоћама, нови поступник, Code d instruction criminelle (скраћено CIC) је ипак објављен већ 1808. године⁸¹. Са бројним изменама био је на снази у Француској следећих 150 година и вршио је снажан утицај на формирање савременог кривичног поступка у континенталној Европи.

Законом је створен нови, мешовити тип поступка, који је настојао да обједини позитивне елементе акузаторског и инквизиторског поступка. Поступак је у основи оптужног типа са поделом основних процесних функција на самосталне субјекте, суд, тужиоца и окриљеног. Процесна функција оптужбе је поверене посебном самосталном државном органу: јавном тужиоцу⁸². Да би он могао вршити своју функцију, била је прописана дужност пријављивања кривичних дела⁸³.

Главни проблем, новог поступника, како обезбедити ефикасност поступка и право на одбрану,⁸⁴ творци новог законика су настојали решити поделом поступка на два дела: на припремни поступак и главни претрес. Циљ припремног поступка који води истражни судија, је да се почетна сумња да је осумњичени извршио кривично дело које му се ставља на терет, у тој мери разјасни да се може донети одлука, да ли ће му се судити или поступак обуставити. У њему се испољавају инквизиторски елементи.

Припремни поступак је подељен на извиђај и истрагу. Истрага је спровођена у случајевима кривичних дела за које је надлежан поротни

⁸¹ CIC је објављен -врло необично-у три наставка: 17. новембра, 21. новембра и 10. децембра 1808. године. Његове одредбе су приказане на основу издања: Француски кривични поступник, превео др Емилијан Богосављевић, Штампарија У. Д. Д. Ђорђе Натошевић, Нови Сад (без год. издања).

⁸² Према чл. 22 "Краљевски тужиоци (републикански тужиоци) дужни су истраживати и ипотонити сва кривична дела чије суђење сада у дужности пресидијних и поротних судова». Међутим, осим изузетно по чл. 32. и 46, није имао право да спроводи извиђај.

⁸³ Према чл. 29 CIC. «Свако постављено звање, сваки јавни чиновник или званичник који у вршењу својих дужности сазна за злочин или какав пресидиј, дужан је о томе неизоставно обавестијати краљевског тужиоца (републиканског тужиоца (...))»

По чл. 30, исту дужност има и свако ко је био сведок неког напада на безбедност, на слободу и имовину неког лица.

⁸⁴ Овај проблем је и данас присутан.

суд.Оваква структура поступка је значила коначно напуштање традиционалне структуре инквизиторског поступка, поделе процесних функција на самосталне субјекта и спровођење у дело грађанских идеја о подели власти у кривичном поступку⁸⁵.

Циљ истраге је уподобљавање истражног (извиђајног) материјала и тужбе за судски поступак.Носилац истраге је истражни судија(juge d instruction).Њиме се СИС детаљно бави у посебној глави шест.Поступа по службеној дужности и укључује се у поступак након закључења извиђаја. Без предлога јавног тужиоца не може започети истрагу, али она после тече по службеној дужности.⁸⁶ Истражни судија је судија, члан судијског тела, независтан и непристрасан. Он треба да припреми предмете у којима је извиђај окончан, да не буде сумње у погледу њихове аутентичности и коректности.Има двоструки задатак:с једне стране обавља доказне радње.Плод његовог рада у том погледу је коначно формиран спис на основу којих ће радити судећи суд. Дуга важна функција му ја да , дозвољава тужиоцу да поднесе оптужни акт а у случају негативне одлуке, обуставља поступак. Кад је истрага завршена истражни судија то саопштава тужиоцу,који може поднети предлоге најкасније за три дана⁸⁷. Ако истражни судија сматра да дело није ни злочин ни преступ ни иступ , обуставиће поступак .Ако је окривљени био у притвору, пушта га.Ако истражни судија сматра да је у питању злочин и да је тужба против окривљеног довољно основана ,све списе доставља генералном тужиоцу да би могао започети поступак стављања под оптужбу. Тужилац је био дужан да у року од пет дана од пријема списа»*среди сцор*» и да у року од даљњих пет дана поднесе извештај апелационом суду⁸⁸. У року од три дана⁸⁹ посебно одељење апелационог суда је доносило одлуку о извештају тужиоца и стављању окривљеног под оптужбу.Ако се дело квалификује као злочин и ако суд нађе довољно доказа да *«може образложити стављање под оптужбу»* он ће наредити да се окривљени упути поротном суду.У случају такве одлуке , генерални тужилац је дужан сачинити оптужницу⁹⁰. Након тога је следио поступак пред поротним судом ,који је организован по енглеском узору.Превладавали су елементи акузаторског поступка. Поступак је био јаван, усмен и непосредан.Законска оцена доказа је укинута, докази се ценили по слободном уверењу.

⁸⁵ Farkas, Á.- Róth, E.:Цит дело,стр.21.

⁸⁶ Чл.61. СИС

⁸⁷ Чл.127.СИС

⁸⁸ Чл.217. СИС

⁸⁹ Чл.218 СИС

⁹⁰ Чл.241. СИС

2) Положај окривљеној у истрази

У односу на инквизиторски поступак, положај окривљеног у истрази је спектакуларно поправљен. Постаје субјект поступка, носилац процесне функције одбране. Располаже са одређеним спектром права којима може реализовати своје право на одбрану. СИС не помиње презумпцију невиности, али је ипак јасно да је терет доказа на тужиоцу.

Међутим, положај окривљеног у истрази је ипак знатно неповољнији у односу на савремени поступак.

СИС не помиње право на браниоца у истрази, кад му је он најпотребнији. Ово вероватно због тога да би истражни судија могао «на миру» радити, «неометан» од браниоца. Законотворци су изгледа сматрали да је најважније да браниоца буде на главном претресу, јер се ту доноси одлука. Због тога СИС право на браниоца⁹¹ први пут помиње тек након окончања поступка стављања под оптужбу, али је одбрана од тога момента била обавезна⁹². Бранилац је требао бити из реда адвоката.

Пошто браниоца није било, није могао ни присуствовати саслушању окривљеног у истрази нити саслушању сведока.

Окривљени је саслушаван у истрази, али о томе има мало одредаба, за разлику од саслушања сведока који је регулисан посебном главом. Могли су га саслушати истражни судија, председник првостепеног суда или судија кога он одреди и јавни тужилац.

Истражни судија је позивао окривљеног на саслушање. Ако се окривљени одазове на позив, истражни судија ће га одмах «преслушати». Ако је морао издати наредбу за довођење, окривљеног је дужан саслушати у року од 24 сата од довођења у «*оштинско причувалиште или приговорни завод првостепеност суда.*» Ако истекне рок, окривљени мора бити одведен јавном тужиоцу «*који ће да замоли истражност судију да га неодложно преслуша. Ако истражни судија ово одбије, ако је одсутан или ојравдано сиречен, окривљеној ће без одлагања истражни председник првостепеност суда или судија која ће овај одредити*», ако се ни ово не реализује, окривљени се пушта. Ако се ипак задржи, сматраће се да је самовољно притворен и кривци ће се гонити због повреде личне слободе⁹³. Јавни тужилац, њему доведеног сумњиченог био је дужан саслушати без одлагања: «*Кра-*

⁹¹ У поступку за преступе, окривљени је имао право на заступника, тако да се лично није ни морао појављивати пред судом. Суд је ипак могао наредити и да се лично појави. (чл.185.СИС)

⁹² Чл.294: «*Оптужени ће се позвати да се изјасни којег је браниоца изабрао да га у одбрани прихвати; у приговорном случају судија ће му одмах једног именовати под последњом нишавосић свега оног што овом буде следило. Ово именовање ће се сматрати за неважна, нишавосић се неће изрећи, ако оптужени изабере браниоца.*»

⁹³ Чл.93. СИС

љевски тужилац (републикански тужилац) одмах ће ирслушајти њему доведеној осумњиченој⁹⁴. О саслушању окривљеног на главном претресу законик ћути. Пада у очи, да у одредбама о саслушању окривљеног нема ни трага о многобројним гаранцијама савременог поступка. Они су се развиле афирмацијом људских права, нарочито после II светског рата.

Поступак саслушања сведока је детаљно регулисан. Истражни судија ће их испитати појединачно и « у одсуству осумњиченој⁹⁵. Дакле испитивању сведока окривљени није могао присуствовати.

Насупрот томе, претресању свог стана и заплени «исправа или друћих исмених доказа и ствари» окривљени обавезно присуствује.⁹⁶

Да ли окривљени има право да присуствовања вештачењу, о томе се законик не изјашњава. Уопште је мало одредба о вештачењу.

Окривљени за време истраге није имао ни право увида у списе истраге.

Притвор и неки други облици лишења или ограничења слободе су детаљно регулисани у глави седмој. После испита или у случају бекства окривљеног, судија може издати налог за «причување или иритвор ако дело иовлачи казну затвора или друћу иежу казну»⁹⁷. Налог за притвор може издати само на предлог јавног тужиоца. Прописан је разрађен систем пуштања на кауцију у глави осмој.

У овако регулисаном припремном поступку могућност одбране је знатно сужена, јер окривљени не зна шта су рекли сведоци, нити какви су докази против њега сакупљени. Сва та ограничења су била усмерена на спречавање кривог осумњиченог да омета суд у сазнању истине и да истражном судији омогуће оптималне услове за истрагу. Кад је истражни судија разјаснио ствар колико је могао, нестају сва ограничења. Због бројних ограничења права окривљеног у припремном поступку, у теорији постоји схватање, да припремни поступак у суштини нема природу правног спора у коме би две равноправне странке пред судом заступале своје супротне ставове, већ има значај једностраног вршења јавне власти⁹⁸. Творци СИС су сматрали да ограничења одбране у духу инквизиторског поступка, у принципу не могу имати одлучујући утицај на исход поступка, јер се више не суди на основу списка као у инквизиторском поступку. Истрага има само

⁹⁴ Чл.40. СИС

⁹⁵ Чл.73. СИС

⁹⁶ Чл.36-39. СИС

⁹⁷ Чл.94. СИС

⁹⁸ Вауег, V.: цит. дело, стр.293. Сличан став су заступали бројни каснији теоретичари у погледу положаја јавног тужиоца у истрази, и страначког кривичног поступка, нпр. Roxin, С.: цит. дело, стр.48; Peters, К.: цит. дело, стр.15. Шкулић/Илић: Реформа у стилу “један корак напред-два корака назад”, Београд, 2012, стр.49. и други. За противаргументе видети: Грубач, М.: Кривично процесно право, Београд, 2009, стр.126.

значај припреме за главни претрес којим се «ни у ком случају не *ірејудицира*»⁹⁹ исход главног претреса. Чисто формално посматрано и у принципу то је свакако тачно. Међутим, непорециво је, да истрага, мада не и формално, већ стварно, има велики, па чак и одлучујући утицај на исход главног претреса.

За окривљеног је била значајна гаранција да је у случајвима тежих кривичних дела, посебно веће од судија по звању, одлучивало да ли је потребно његово извођење на суд, или поступак треба обуставити. На основу ове одлуке, јавни тужилац је састављао оптужницу. На основу те оптужнице је организован главни претрес по принципима оптужног поступка енглеског права. Остварују се начело јавности, усмености и непосредности, доказе суд цени по слободном уверењу. Овде окривљени већ има пуно право на стручну одбрану путем браниоца.

Из реченог се види да је СИС настао комбинацијом инквизиторског и акузаторског поступка и са правом је назван мешовити поступак. Инквизиторски елементи долазе до изражаја у истрази, а у фази главног претреса, начела акузаторског поступка.

Положај окривљеног у истрази је радикално поправљен. Више није објекат поступања већ самостални субјект са одређеним асортиманом права, којима може остварити своју основну процесну функцију-одбрану. Међутим у односу на данашња, његова права су знатно ограничена.

СИС је извршио одлучујући утицај у великој реформи европког кривичног поступка током XIX века. Тако је мешовити поступак постао основна карактеристика европског континеталног кривично-процесног права. У новије време и у континентална процесна права све више продиру елементи англосаксонског оптужног поступка.

Закључак

Питања постојања окривљеног као субјекта (странаке) у поступку и његовог процесног положаја у кривичном поступку су изузетно важна јер од њиховог решења зависи целокупно уређење кривичног поступка. Та решења су током историје зависила од политичких културних и других прилика датог друштва. Историја кривичног поступка се у суштини своди на историју странака и њиховог положаја у кривичном поступку¹⁰⁰. На основу горе изложеног, може се закључити да се положај окривљеног у истрази током појединих фаза развоја кривичног поступка битно мењао. У другој половини републиканског периода римског права положај окривљеног у акузаторском кривичном поступку генерално посматрано био је повољан

⁹⁹ Вауег, V: Цит. дело стр. 295.

¹⁰⁰ Марковић, Б.: Уџбеник кривичног процесног права, Београд, 1930, стр. 146.

јер је имао положај странке, али у овом поступку није било никакве службене истраге. Поступци вођени по службеној дужности нису били правно уређени, па о положају окривљеног у овим поступцима нема пуно података. Ипак се може закључити да је окривљени имао правни субјективитет и да су неки аспекти његовог положаја били регулисани парцијалним прописима (нпр. притвор). У периоду царства долази до деградације положаја окривљеног због тортуре.

У ранофеудалним државама, формираним на некадашњој територији Римског царства, примењиван је традиционални племенски оптужни поступак.

У том поступку никакве истраге није било. Положај окривљеног, ако је дошло до кривичног поступка, био је неповољан, јер је исход доказивања ирационалним доказним средствима био крајње неизвестан.

У инквизиторском поступку, који је заменио племенски оптужни поступак, истрага је централни стадијум кривичног поступка. Положај окривљеног је био врло неповољан. Лишен скоро сваког права а са теретом доказивања своје невиности, имао је положај објекта а не субјекта истраге.

У време настанка мешовитог поступка у истрази су још били присутни јаки инквизиторски елементи. Могућност одбране окривљеног је била знатно ограничена у односу на данашњи мешовити поступак.

На основу изложеног о некој праволинијској еволуцији положаја окривљеног у поступку уопште, па ни у истрази, се не може говорити. Историја поступка бележи успоне и падове у функцији друштвених услова и потреба. Треба имати у виду да су горе анализирани типови поступака вековима важили¹⁰¹. Били су дакле дуго у складу са тадашњим схватањима и потребама. Због тога је методолошки погрешно примењивати данашња мерила у давању оцена. Међутим, имајући у виду и ову констатацију, ипак се може рећи да је положај окривљеног у кривичном поступку па и у истрази, данас неупоредиво повољнији него у било ком анализираном историјском моделу кривичног поступка.

¹⁰¹ Римски поступак је важио преко 1000 година. Ранофеудални акузаторски поступак је важио само у периоду од оснивања «варварских» држава на територији некадашњег Римског царства до Каролине око 1000 година. Колико је важио у «племенско» доба, неизвестно је. Инквизиторски поступак од Каролине до велике реформе кривичног поступка средином и крајем XIX. века, важио је око 500, мешовити поступак важи у европском континенталном праву од почетка XIX. века до данас тј. око 200 година.

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

The Position of the Accused in Investigation in some Historical Models of Criminal Procedure

***Abstract:** In the short first section, the author points out that the investigation is crucial for the trial and because of this the position of the accused in investigation is of utmost importance. This also justifies the analysis of the accused's position in four historical models of criminal proceedings.*

The second section is concerned with the position of the accused in investigation of Roman law.

The third section discusses the position of the accused in early feudal criminal proceedings when neither official nor private investigation in the contemporary form existed.

The fourth section is devoted to the position of the accused in the inquisitorial procedure.

The fifth section deals with the position of the accused in the investigation of a mixed type process of the early nineteenth century.

In the brief conclusion the author highlights that there is no straight line evolution of the accused's position in investigation. The historical models rather show its raises and falls. The current position of the accused in investigation is certainly far more favourable than it was in the examined historical models of criminal proceedings.

Key words: *criminal procedure, history, accused, position in investigation*

