

ТМГ. XXXVII	Бр. 4	Стр. 1689-1704	Ниш	октобар - децембар	2013.
-------------	-------	----------------	-----	--------------------	-------

UDK 343.139:341

Прегледни рад

Примљено: 26. 08. 2013.

Ревидирана верзија: 19. 11. 2013.

Одобрено за штампу: 22. 11. 2013.

Саша Кнежевић

Универзитет у Нишу

Правни факултет

Ниш

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ ПРАВА НА УСМЕНУ РАСПРАВУ ПРЕД КРИВИЧНИМ СУДОМ*

Апстракт

Чињеничну основицу судске одлуке може представљати доказни материјал утврђен јавним и контрадикторним расправљањем на главном претресу. То значи да се процесне радње одвијају *усмено*, при чему се, кроз исказе процесних субјеката, саопштава став о кривичној ствари. Материјални докази садржани у исправама такође се усмено саопштавају суду. Усмена форма презентовања доказа омогућава странкама да изнесу свој став о кривичној ствари и да одмах реагују на став супротне странке (чиме се реализује начело контрадикторности), а суд је у прилици да промпитно отклони нејасноће проистекле из исказа процесних субјеката, као и да усмерава ток доказног поступка. Законом допуштена одступања од усмене форме расправљања пред судом не могу дезавуисати саму суштину принципа усмености.

Кључне речи: усменост; писменост; језик; мандатни поступци; ћутање

INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS OF THE RIGHT TO ORAL PRESENTATION BEFORE THE COURT

Abstract

The factual basis of a court decision may present evidence, which is established on public and discussing contradictory debate, at trial. This means that the procedure actions take place orally, whereby, through the testimony of procedure sub-

knez@prafak.ni.ac.rs

* Чланак представља резултат рада на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, под редним бројем 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

jects, announces a position about the criminal matter. The evidence contained in the documents, also shall be put to court orally. An oral form of presenting evidence, allows to the parties to present their views on the criminal matter, and to respond immediately to the position of the opposing party (which is realisation of the contradictory principle) and the court is able to promptly remove the ambiguity arising from the statement of the procedural subjects, and to direct the course of the evidentiary proceedings. Deviations of the oral form of discussion before the court, which are allowed by law, can not disavow the very essence of the orality principle.

Key Words: orality; literacy, language; mandatory procedures; silence

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Усмено расправљање кривичноправног спора, као квинтесенција принципа усмености, потпуну афирмацију добија у савременом кривичном поступку. Оно је антипод начелу писмености, као окосници инквизиционог система кривичног поступка. Овај историјски систем кривичног поступка заснован је на сентенци: *Quod non est in actis, non est in mundo* (Оно што није садржано у списима, не постоји). Писана форма одвијања главног кривичног поступка омогућавала је валоризацију тековина истраге, спроведене уз одсуство елементарних постулата хуманости. С друге стране, објективно је сужен домашај утврђивања истине, јер носиоци супротстављених теза у поступку нису имали могућност да ваљано расправе кривичноправни спор.

Усмена форма главног претреса омогућава реализацију интенције чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Наиме, иако одредба чл. 6. Европске конвенције помиње „правичну и јавну расправу“, очигледно је да валидне расправе нема без усменог сучељавања ставова странака и осталих субјеката који располажу доказним материјалом. Усмена расправа, као претпоставка „правичне и јавне расправе“, потврђена је и појединим одлукама Европског суда за људска права. Став је Европског суда, да право на расправу, прописано одредбом чл. 6. Европске конвенције, обухвата и право на усмену расправу, осим „ако не постоје неке изузетне околности“ (*Пресуда Европског суда, у случају Fisher против Аустрије, донета 26. априла 1995, стр. 44*). Међутим, сагласно пракси овог суда, не постоји обавеза усменог претреса пред Апелационим судом. Наиме, уколико је Апелациони суд одбио жалбу, искључиво због повреде права, тада усмени претрес није неопходан. Уколико је пак Апелациони суд преиспитивао чињеничну основицу првостепене пресуде, као предуслова за одлучивање о кривици или невиности окривљеног, неопходна је усмена расправа (*Одлуке Европског суда у случајевима: Ekvatani против Шведске, од 26. маја 1988. и Сооке против Аустрије, од 8. фебруара 2000. године*).

НОРМАТИВНА ОСНОВА УСМЕНЕ РАСПРАВЕ ПРЕД СУДОМ

Усмена форма расправљања кривичноправног спора доминантна је у праву Србије. Иако начело усмености није експлицитно дефинисано одредбама Законика о кривичном поступку Србије (*Објављен је у Службеном гласнику РС, бр. 72/2011; Последње измене објављене су у броју 45/2013*), велики број законских одредаба указује да ово основно процесно начело егзистира у позитивном српском праву. Усмена форма комуникације између процесних субјеката карактеристична је, пре свега, за главни претрес. То не значи да начело усмености не егзистира и у осталим фазама кривичног поступка. Напротив, већ од првог момента суочавања осумњиченог са организованим кривичноправном реакцијом друштва, остварују се основне поставке овог начела. За разлику од нашег законодавства, начело усмености изричито се прописује у појединим упоредноправним системима. Примера ради, недвосмислену нормативну подлогу ово начело има у *аустријском* (чл. 12. ЗКП-а), *бугарском* (чл. 19), *грузијском* (чл. 15) и *словачком* праву (§ 2. ст. 1. тач. 18.).

Лишење слободе осумњиченог представља први чин ангажовања државе на остваривању кривичноправног захтева за кажњавање. Том приликом, осумњичени (ухапшени) се одмах на језику који разуме усмено обавештава о разлозима хапшења (чл. 69. ст. 1. тач. 1. ЗКП-а). Дакле, већ у првом моменту суочавања са организованим друштвеном реакцијом, осумњиченом се, усменим путем, саопштавају сврха и смисао ангажовања државе на остваривању кривичноправне заштите друштвених вредности, који за последицу имају ограничавање његових елементарних људских права. Осим тога, окривљени има право да ништа не изјави, ускрати одговор на постављено питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу (чл. 68. ст. 1. тач. 2. ЗКП-а). Исто тако, окривљени, има право да у најкраћем року, најкасније на првом саслушању, буде упознат, на језику који разуме, са делом које му се ставља на терет, као и о природи и разлозима оптужбе, те доказима који су против њега прикупљени (чл. 68. ст. 1. тач. 1.).

Чињенична конструкција судске одлуке, формира се, првенствено, кроз усмени исказ окривљеног, сведока и, донекле, вештака. Окривљени се саслушава *усмено* (чл. 86. ст. 1. ЗКП-а), али има права да се, притом, користи сопственим белешкама. На главном претресу, оптужени се саслушава, исто тако, усмено (чл. 398. ст. 1. ЗКП-а). Ако оптужени неће да одговара на постављена питања, прочитаће се његов исказ дат у истрази. У овој ситуацији, суд усмено саопштава садржину раније датог исказа окривљеног.

Сведок је незаменљиви процесни субјект, чији исказ има изузетан значај за формирање чињеничне основице пресуде. Свој исказ сведок даје усмено (чл. 98. ст. 1. ЗКП-а). Уколико је сведок глув или

нем, његово испитивање обавиће се преко тумача (чл. 98. ст. 6). За испитивање хендикепираних сведока, аналогно се примењују правила саслушања глувог или немог окривљеног (чл. 87. ст. 1. ЗКП-а). Процесни субјекти са недостацима слуха могу и сами усмено саопштити свој став о кривичној ствари. С друге стране, усмена интерпретација писаног исказа немих субјеката (окривљеног или сведока) представља манифестацију начела усмености.

На главном претресу усмено се испитује и вештак. Том приликом, вештак усмено саопштава садржину свог налаза и мишљења. Вештаку се може дозволити и да прочита у писаној форми састављен налаз и мишљење (чл. 402. ст. 1. ЗКП-а). Уколико је вештачење обављено у некој установи, а у поступку вештачења је учествовао већи број стручњака (колективно вештачење), судеће веће може одлучити да се потписници налаза и мишљења не позивају на главни претрес, већ да се само изврши увид у приложени налаз и мишљење вештака или да председник судећег већа укратко изнесе садржину исказа вештака. У супротном, веће може одлучити да се непосредно испитају стручњаци који су обавили вештачење (чл. 403. ст. 2. ЗКП-а).

Усмена форма расправе пред судом остварује се и читањем садржаја записника о увиђају, о претресању стана и лица и одузимању ствари, као и читањем исправа, књига, списа, и других писмена која служе као доказ на главном претресу (чл. 405. ст. 1). Тако се писано фиксирани резултати спроведених кривичнопроцесних радњи усмено саопштавају судећем већу.

Последњом делатности на главном претресу (завршном речи) најважнији процесни субјекти рекапитулирају резултате доказног поступка. Тужилац се у завршној речи изјашњава о судбини свог оптужног акта (о његовој основаности, или о одустајању од њега), као и о чињеничној и правној утемељености тезе оптужбе. Оштећени се у завршној речи првенствено осврће на имовинскоправни захтев. Бранилац и оптужени у својим завршним речима усменим путем указују на недовољну чињеничну и правну заснованост оптужног акта, као и на постојање олакшавајућих и ублажавајућих околности. Усменост расправе, али и њена контрадикторност, оснажене су правом процесних субјеката на реплике и дуплике, при чему се круг одговора на исказе завршава исказом оптуженог. У томе се огледа и преференцијални положај оптуженог приликом давања завршних речи на главном претресу. Уколико се поступак давања завршне речи не би окончао исказом оптуженог, било би повређено право на одбрану окривљеног (Шкулић, 2009, стр. 70). Међутим, у теорији кривичног процесног права егзистира и став да би, у овом случају, било повређено начело усмености (Петрић, 1985, стр. 16).

Право оптуженог на последњу реч представља процесну концесију слабије кривичнопроцесне странке, с циљем уравнивања

процесне позиције странака. Непоштовање ове процесне повластице оптуженог значи да је нарушен његов привилеговани процесни положај, чиме се објективно отежава остваривање права на одбрану. Усменост расправе није тиме нарушена, јер је оптужени и у завршној речи био у прилици да усмено рекапитулира резултете доказног поступка. Неокончавање реплика у току поступка давања завршних речи, усменим казивањем оптуженог, релативизује остваривање оснаженог права на одбрану, али не анулира саму суштину права на усмену расправу.

Због преовлађујуће усмене форме решавања кривичноправног спора, начело усмености спада у групу основних процесних начела у *немачком* праву. Одредбом § 250 StPO, прецизира се да се лица на чијем запажању се заснива доказ о некој чињеници саслушавају на главној расправи. Записник о ранијем саслушању тих лица не може се читати на главном претресу, као ни записнички пропраћено писано изјашњавање. Принцип усмености огледа се и у обавези читања садржаја исправа и других списа који служе као доказ на главној расправи. То се нарочитио односи на записник о увиђају, ранију пресуду оптуженог, на казнену евиденцију и изводе из црквених књига, као и на садржај регистара о личном и имовинском стању оптуженог (§ 249). Из ових одредаба произилази да *усмено* саслушање сведока, генерално посматрано, не може бити супституисано писаним изјавама. Судска одлука не може се заснивати на претходним, записнички констатованим исказима сведока, датим у ранијој фази кривичног поступка. Иако немачко право поштује начело усмености, у судској пракси ово начело се не реализује стриктно. У извесним приликама користе се писане изјаве из истраге које се презентују суду (Hatchard, Huber, Richard Vogler, 1996, Appendix 32).

Усмена форма расправе пред судом доминантна је и у *француском* праву. Међутим, детаљно записнички констатовани докази, утврђени у предсудећој фази кривичног поступка, омогућавају да се лица која презентују те доказе не саслушавају поново на главном претресу. Суд може, према свом нахођењу, користити претходно изведене доказе, добијене саслушањем сведока у истрази. Пошто писана форма доказа има велику улогу у француском праву, стога се записници о резултатима изведених процесних радњи у претходном кривичном поступку често представљају суду. Сведок може консултовати своје забелешке, како би освежио сопствену меморију. Као резултат „слободне и никаквим формалним правилима везане оцене доказа, судови више брину за значај или вредност доказа, него за њихову прихватљивост“ (Исто).

Начело усмености у *италијанском* праву је водеће начело у извођењу доказа који се добијају из исказа лица која доказе поседују (сведока, вештака, техничких саветника, приватних странака, опту-

жених у повезаним поступцима). Активну улогу на усменој расправи имају тужилац и бранилац окривљеног, док је суд, нарочито у почетној фази расправе, пасиван. Саслушање сведока усмерава странка која је и предложила конкретног сведока. Затим следи противсаслушање, које спроводи странка која није предложила сведока. Суд може поставити питања сведоцима, вештацима, техничким саветницима и приватним странкама након саслушања и противсаслушања (чл. 506. ст. 2. ЗКП-а). Начело усмености доминира и у завршним излагањима, у којима бранилац и оптужени увек имају последњу реч (чл. 523. ст. 5) (Више: Павишић, 2002, стр. 224–233).

УПОТРЕБА ЈЕЗИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, КАО ПРЕТПОСТАВКА УСМЕНОСТИ РАСПРАВЕ ПРЕД СУДОМ

Усмено расправљање кривичноправног спора незамисливо је без употребе одговарајућег језика. Језик је средство саопштавања мисли, идеја и ставова, и представља инструмент комуникације између суда и процесних субјеката, као и између самих странака и осталих учесника у кривичном поступку. Као предуслов за реализацију усмености, али и осталих начела кривичног процесног права (пре свега, начела контрадикторности и непосредности), употреба језика на суду (укључујући и у кривичном поступку) регулисана је међународноправним документима, Уставом и законима.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода прецизира да свако ко је оптужен за кривично дело има право „да у најкраћем могућем року, подробно и на *језику* који разуме, буде обавештен о природи и разлозима за оптужбу против њега“ (чл. 6. ст. 3а). Окривљени има право и на бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме, или не говори *језик* који се користи на суду (чл. 6. ст. 3. е). Дакле, од пет минималних права окривљеног, предвиђених одредбом чл. 8. ст. 3. Европске конвенције, два се односе на употребу језика у кривичном поступку. Пракса Европског суда за људска права указује на то да оптужени који не разуме, или не говори језик који се користи на суду, има право на бесплатног преводиоца при превођењу свих изјава у поступку покренутом против њега, јер је то неопходно да се остваре бенефиције правичног суђења (*Одлука, у случају Luidicke i Кос против Немачке, 1978*).

Устав Републике Србије прокламује да је у службеној употреби српски језик и писмо, а да се остали језици и писма користе под условима прописаним законом (чл. 10). Забрањује се дискриминација, између осталог, и на основу језика (чл. 21. ст. 2). Каталог права лица лишеног слободe употпуњен је и правом тог лица да, на језику који разуме, буде обавештено о разлозима лишења слободe, о оптужби која му се ставља на терет, као и о својим правима, укључујући

и право да, о свом лишењу слободe, без одлагања, обавести лице по свом избору (чл. 27. ст. 2. Устава). Сагласно уставној прокламацији, окривљени има право и на бесплатног преводиоца, уколико не говори, или не разуме језик у службеној употреби у суду. (чл. 32. ст. 2). Напослетку, у посебна права окривљеног спада и право да, на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети, као и о доказима прикупљеним против њега (чл. 33. ст. 1).

Закон о службеној употреби језика и писма Републике Србије (*Службени гласник РС, бр. 45/91; Последње измене објављене су у броју 30/2010*) прописује да је

„у Републици Србији у службеној употреби српски језик. На подручјима Републике Србије, на којима живе припадници националних мањина, у службеној употреби су, истовремено са српским језиком, и језици и писма националних мањина, на начин утврђен овим законом“ (чл. 1).

Сагласно овом закону, под службеном употребом језика, сматра се, између осталог, и употреба језика и писма у раду државних органа (чл. 2). Самим тим, службена употреба језика подразумева и употребу језика пред судом. За реализацију начела усмености у кривичном поступку, посебно је важна одредба према којој се, под службеном употребом језика, нарочито сматра употреба језика у вођењу поступка за остваривање и заштиту права, дужности и одговорности грађана (чл. 3. ст. 1. тач. 2).

У поступцима пред државним органима, на територији јединица локалне самоуправе где припадници националних мањина чине најмање 15% становништва, у службеној употреби је и језик тих мањина. Службена употреба језика националних мањина укључује, између осталог, и коришћење језика националних мањина у судским поступцима (чл. 11).

Првостепени кривични поступак води се на српском језику (чл. 12). Поступак се може водити и на језику националних мањина, уколико је у службеној употреби у суду. Када у поступку учествује једна странка припадник националне мањине, поступак се, на њен захтев, води на језику националне мањине, који је у службеној употреби у органу (суду), у коме се поступак води. Уколико у поступку учествује више странака чији језици нису исти, поступак се води на једном од језика који су у службеној употреби у суду који води поступак, око којег се странке споразумеју. Ако се странке не споразумеју око тога на ком ће се језику водити поступак, језик поступка одређује суд пред којим се поступак води, осим ако једна од странака захтева да се поступак води на српском језику, када ће се поступак водити на том језику (чл. 12). Утврђивање језика на коме ће се поступак водити јесте претходно питање, у вези с којим одлучује лице које поступак води. До момента док се не утврди језик поступка, поступак ће се водити на српском језику (чл. 13).

Другостепени поступак води се на српском језику, с тим што странке у поступку имају права на употребу свог језика, право на превођење, као и право да им се садржај записника, који се сачињава на српском језику, преведе. Трошкове превођења сносиће суд пред којим се поступак води. Истоветна права припадници националних мањина имају и пред судовима у којима њихов језик није у службеној употреби (чл. 16 и 17. Закона о службеној употреби језика и писма).

Законом о кривичном поступку Србије, предвиђено је да је у кривичном поступку у службеној употреби српски језик. Други језик може се користити у складу са законом, а у судовима на чијим подручјима живе националне мањине, у службеној употреби је и језик тих мањина (чл. 11. ст. 1). Кривични поступак води се на језику који је у службеној употреби у суду, а странке, сведоци, и други процесни субјекти, имају право да у поступку користе свој језик. Уколико се кривични поступак не води на језику ових субјеката, обезбедиће се усмено превођење. Суд је дужан да странке, сведоке, и друге учеснике у кривичном поступку, поучи о праву на превођење, а ови субјекти могу се одрећи датог права (чл. 11. ст. 3. ЗКП-а).

Ускраћивање права окривљеном, браниоцу, оштећеном или приватном тужиоцу на употребу свог језика у кривичном поступку, или да на свом језику прати ток главног претреса, представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка (чл. 438. ст. 1. тач. 5). Реч је, међутим, о повреди о којој суд не води рачуна по службеној дужности. Уочљиво је да законодавац не штити прокламовано право на употребу матерњег језика свих субјеката поменутих одредбом чл. 11. Законика о кривичном поступку. Наиме, из одредбе чл. 438. ст. 1. тач. 3. ЗКП-а проистиче да повреда права пуномоћника приватног и супсидијарног тужиоца, супсидијарног тужиоца, као и оштећеног (чак и када има право на жалбу по свим основима (чл. 433. ст. 4), није санкционисана као апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка. Исти је случај и са повредом овог права лица чији је предмет одузет, или од кога је одузета имовинска корист прибављена кривичним делом. Решењима новог Законика о кривичном поступку Србије, изостало је санкционисање непостојања поуке суда субјектима жалбе о праву на употребу свог језика, као и о праву на превођење, укључујући и недостатак записничког констатовања ових поука, као релативно битних повреда одредаба кривичног поступка (садржаних у чл. 368. ст. 2. до скора важећег ЗКП-а)!

ОДСТУПАЊЕ ОД УСМЕНЕ РАСПРАВЕ КРИВИЧНОПРАВНОГ СПОРА

Усменим расправљањем о кривичној ствари стварају се оптималне претпоставке за закониту и правилну мериторну одлуку. Осим

што усмена форма расправљања омогућава благовремено појашњавања свих недоумица проистеклих из исказа испитаних лица, она омогућава и праћење психичких манифестација лица која дају исказ пред судом. Суд је, стога, у прилици да стекне и додатно уверење о истинитости предочених доказа и чињеница.

Несумњиво је да усмени вид мериторног одлучивања, у првостепену кривичном поступку, има предност над суђењем на основу списка. Истовремено, разлози процесне економије понекад налажу да се одступи од усмене форме спровођења кривичнопроцесних радњи. Наиме, начело усмености, по правилу, не потпомаже остваривању ефикасности кривичног поступка. Реализација начела усмености претпоставља присуство свих процесних субјеката, као и временску синхронизацију њихових процесних активности. Усменост захтева временско усклађивање термина одржавања рочишта, што може представљати тешкоћу. С друге стране, писане изјаве могу се депоновати код суда у различито време, и могу се касније користити у поступку. У томе се огледа преимућство начела писмености у појединим ситуацијама (Luhmann, 1982, стр. 181, наведено према: Бркић, 2004, стр. 273).

Иако начело усмености има примат у односу на принцип писмености, ипак се поједине фазе, чак и стадијуми, кривичног поступка одвијају углавном у писаном облику. У фази оптужења, долази до изражаја начело писмености, као одступање од начела усмености. Подизање оптужнице, као и поступак судске контроле оптужбе, спроводе се у одсуству усмене расправе о садржини оптужног акта. Окривљени је у прилици да се усмено изјасни о садржини оптужбе тек на главном претресу. Исто тако, поступак пред судом правног лека, који се одвија у седници већа, преодминантно се заснива на оцени доказног материјала садржаног у списима првостепену поступка. Евентуална разјашњавања странака присутних на седници већа другостепену суда (чл. 447. ст. 3. ЗКП-а) могу само ублажити одсуство усмену расправљања пред жалбеним судом.

Ограничавање усмености расправе у мандатним поступцима

У већини правних система, кривичноправна реакција према учиниоцима најлакших кривичних дела разликује се од редовне форме процесуирања кривичних ствари. Лакши облици повреде или угрожавања друштвених добара, инкриминисани нормама кривичног права, санкционишу се кроз вођење одговарајућих мандатних поступака. У овим поступцима доминира начело писмености, као антипод начелу усмености. Њих карактерише одсуство обавезе доказивања, што се одражава и на изостанак усмене расправе пред судом (Weigend, 1984, р. 235). Судска одлука доноси се на основу доказног материјала прикупљеног у предсудећој фази поступка, а који тужи-

лац прилаже суду. Суд, дакле, формира своје уверење о кривичној ствари на основу писаног материјала који садржи резултате неформално спроведених радњи полиције и јавног тужилаштва.

Мандатна форма поступања суда налаже испуњавање одређених материјалних и формалних услова. Основни услов материјално-правне природе јесте постојање одређеног квантитета доказног материјала прикупљеног у истрази, који чини излишним усмени исказ и контрадикторну расправу на главном претресу. Мандатни поступци су могући ако се „од главног претреса не очекују битне модификације резултата истраге“ (Бркић, *op. cit.*, стр. 379). Примера ради, у *немачком* праву јавни тужилац може поднети захтев за изрицање наредбе о кажњавању, када, на основу резултата истраге, процени да није потребна главна расправа (§ 407. StPO). Исто овлашћење јавни тужилац има и у нашем праву. Наиме, јавни тужилац може предложити доношење решења о изрицању кривичних санкција, ако оцени да је одржавање главног претреса непотребно (чл. 512. ст. 2. ЗКП-а).

Формални услов мандатног поступања огледа се у општој сагласности главних процесних субјеката око изостанка усмене и контрадикторне расправе на главном претресу. Иницијативу за овај вид одлучивања најчешће има јавни тужилац. Изузетно, државе које не предвиђају прекршаје као самосталне деликте овлашћују полицију да иницира мандатни кривични поступак (нпр. Финска). Додуше, у тој ситуацији јавни тужилац потврђује нацрт казненог налога (Taskman, 1983, р. 27, наведено према: Бркић, *op. cit.*, стр. 380). Да би овај захтев јавног тужилаштва био материјализован, потребна је *сагласност суда*. Суд може, саобразно захтеву јавног тужиоца, издати казнени налог, или може одбити овај захтев. Одбијање издавања наредбе за кажњавање може бити резултат уверења суда да не постоје услови за вођење било које форме кривичног поступка, или пак да не постоје услови за спровођење мандатног поступка. У *немачком* праву, уколико суд процени да не постоји неопходан степен сумње у кривицу окривљеног, одбија се захтев за доношење наредбе за кажњавање. Правне импликације ове одлуке изједначене су са закључком о одбијању отварања главног поступка. То значи да јавни тужилац може одмах изјавити хитну жалбу. По одбијању правног лека јавног тужиоца, кривично гоњење је могуће једино ако се појаве нове чињенице и нови докази (§ 408. ст. 2. StPO). Уколико пак суд процени да има основа за кривично гоњење окривљеног, али је спорна мандатна форма поступања, судија ће заказати главни претрес (§ 408. ст. 3. StPO). Истоветно ће поступити и суд у српском праву уколико нису испуњене претпоставке за кажњавање пре главног претреса (чл. 512. ст. 1. ЗКП-а Србије). За разлику од приступа немачког и нашег законодавца, у *француском* и *италијанском* праву мандатна форма поступка не одбија се заказивањем главног претреса. У овој

ситуацији, предмет се враћа јавном тужиоцу ради подношења новог оптужног акта, којим ће се иницирати редовни кривични поступак (чл. 525. ст. 3. ЗКП-а Француске и чл. 495. ст. 3. ЗКП-а Италије).

Да би мандатно изречена казна била правно валидна и извршна, потребна је сагласност окривљеног. Она може проистећи из обавезног претходног саслушања окривљеног, али се може и претпоставити, што је случај у нашем праву (чл. 512. ст. 2. ЗКП-а) У многим законодавствима, неизјављивање приговора окривљеног на мандатно изречену казну, у одређеном року, снагом законске презумпције има дејство давања сагласности на санкцију изречену у мандатном поступку. Услед дејства евентуалног приговора окривљеног на судбину мандатног поступка, сама мандатна казна има карактер понуде упрошћене процедуре, која, евентуалном пасивношћу окривљеног, постаје дефинитивна. Оваква законска решења егзистирају у немачком, аустријском и француском праву, као и у другим правима.

Мандатним поступцима ограничава се начело усмености, али и остала значајна процесна начела (контрадикторности, усмености, начело слободне оцене доказа), укључујући и начело истине. Стога, многа законодавства ограничавају домашај мандатних форми поступања. У немачком и аустријском праву мандатни поступак могућ је само за преступе (*Vergehen*), али не и за злочине (*Verbrechen*). Француско право омогућава мандатно поступање искључиво за иступе, укључујући и оне извршене у поврату, али не и за иступе санкционисане радноправним законодавством (*Voynoucas, 1994, стр. 35*). Позитивно право Србије предвиђа могућност изрицања кривичних санкција без главног претреса, за кривична дела за која се може изрећи новчана казна и казна затвора до пет година (чл. 512. ст. 1. ЗКП-а).

Мандатно поступање ограничено је и у односу на неке категорије окривљених. Најчешће је ова форма поступка искључена у односу на малолетнике. Малолетници не могу бити субјекти мандатног поступка у немачком (§. 79. ст. 1. JGG-а), аустријском (§ 361. JGG-а) и француском (чл. 522. СРР-а), као и у многим другим правима. Због немогућности изрицања мера безбедности у мандатном поступку, ментално оболела лица не могу бити субјекти овог поступка. Мандатни поступак искључен је и за одбегла лица. То је случај у немачком праву (§ 276. StPO). Немогућност вођења мандатног поступка против одбеглог окривљеног произилази и из подзаконске регулативе, која предвиђа мандатно поступање само у односу на окривљене чије је боравиште познато. Према логици ствари, из поступка мандатног одлучивања требало би искључити и лица која раније нису била подвргнута извршавању ранијих мандатних казни изречених од полиције и управних органа. То поједина законодавства и чине, као што искључују мандатне поступке и за лица лишена слободе.

Ограничавање усмене расправе ћутањем окривљеног

Усмено расправљање кривичноправног спора претпоставља активну вербалну комуникацију суда са кривичнопроцесним странакама, као и са осталим процесним субјектима. За доношење законите и правилне пресуде, посебно је значајна комуникација суда са окривљеним, као и она између самих странака. На тај начин, усменост ствара оптималне предуслове за оваплоћење начела контрадикторности, усмереног ка утврђивању судске истине.

Каталог елементарних људских права окривљеног, садржан у најзначајнијим међународноправним документима о заштити људских права, предвиђа и право окривљеног да *не сведочи против себе, или да не призна кривицу*. Ово право окривљеног садржано је у одредби чл. 14. ст. 3(г) *Међународног пакта о грађанским и политичким правима*. Наведена одредба представља нормативну основу заштите окривљеног од самоинкриминације. Из овог, међународноправно верификованог права, проистиче могућност окривљеног да ускрати свој исказ суду. Ћутањем окривљеног пред судом, реализује се једно од фундаменталних људских права. Међутим, пасивним видом одбране окривљеног, отежава се реализација начела усмености. Одлучне чињенице утврђују се редукованом усменом комуникацијом на главном претресу, лишеном активног ангажмана окривљеног у доказном поступку.

Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода није изричито предвиђено ово право. Међутим, становиште је Европског суда за људска права да је ово фундаментално право окривљеног садржано у чл. 6. ове Конвенције. Сматра се да, "иако се посебно не помиње у чл. 6. Европске конвенције, нема никакве сумње да су право на ћутање при полицијском испитивању, и право особе да не инкриминише саму себе општепризнати међународни стандарди, који представљају суштину појма правичног суђења из члана 6. Штитећи оптуженог од принуде власти, ове гаранције доприносе спречавању неправичности кривичног поступка и остваривању циљева члана 6. (*Одлука Европског суда, у случају Mirey против Уједињеног Краљевства, 41/1994/488/570, од осмог фебруара 1996. године*).

Право на ћутање у пракси Европског суда за људска права

У складу са праксом Европског суда за људска права, заштита од самооптуживања важи за све кривичне поступке, независно од сложености поступака и тежине кривичних дела. Коришћење принудних средстава, с циљем добијања изјава у вансудској истрази, не може се оправдати интересима јавног поретка (*Пресуда, у случају Mc Ginis против Ирске, донета 21. децембра 2000. године*).

Заштита окривљеног од самооптуживања претпоставља и обавезу тужилаштва да не користи доказе добијене притиском на вољу окривљеног. Уколико би тужилаштво тако поступило, прекршила би се пресумпција невиности окривљеног (*Пресуда Европског суда у случају Sanders против Уједињеног Краљевства, донета 17. Децембра 1996. године*). Противно је праву окривљеног да не инкриминише себе и прихватање записника изјава, које је окривљени дао истражитељима под притиском – као доказа на суду (Исто). Уосталом, забрана коришћења доказа добијених применом тортуре и нехуманим поступањем уопште, санкционисана је конвенцијама и декларацијама о борби против тортуре.

Из праксе Европског суда за људска права произилази да извођење закључака неповољних по окривљеног, а заснованих на његовом ћутању, крши право окривљеног да не инкриминише себе (ако је пресуда заснована *искључиво*, или *углавном*, на ћутању окривљеног). Стога, право на ћутање нема карактер *апсолутног* права. Од околности случаја зависи да ли извођење негативних закључака по окривљеног, због његовог ћутања, представља кршење права окривљеног да не инкриминише себе. Европски суд за људска права имао је становиште да негативан закључак по оптуженог, због његовог одбијања да објасни своје присуство на месту злочина, не представља кршење стандарда заштите окривљеног од самооптуживања. Овакав закључак домаћег суда је, сагласно пресуди Европског суда за људска права, мотивисан разлозима „здравог разума“. Овим приступом, Европски суд оправдао је понашање којим се директно крши једна од најзначајнијих процесних последица презумпције невиности окривљеног, а то је један од темељних принципа савременог кривичног поступка, да терет доказивања лежи на тужиоцу! Не може се од окривљеног очекивати да пружа помоћ тужилаштву у доказивању одлучних чињеница, у овом случају, свог присуства на месту извршења кривичног дела. Осим тога, право на ћутање не може се селективно примењивати, у зависности од карактера спорних одлучних чињеница. Стога заштита окривљеног од самооптуживања важи и у случају ускраћивања исказа о вези окривљеног са местом извршења кривичног дела. Имајући то у виду, не види се разлог потврђивања става британског суда од највише европске судске инстанце! Европски суд за људска права је ову своју одлуку релативизовао ставом да ускраћивање приступа адвоката окривљеном, у првих 48 сати од његовог притварања (када је окривљени требало да одлучи да ли ће користити право на ћутање), представља кршење чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (*Mirey против Уједињеног Краљевства*).

Позитивноправни оквир права на ћутање.

Законик о кривичном поступку Србије прецизира да окривљени „има права да ништа не изјави, ускрати одговор на поједино питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна своју кривицу“ (чл. 68. ст. 1. тач. 2. ЗКП). На постојање права на ћутање, окривљени мора бити поучен од органа кривичног поступка (чл. 68. ст. 2. ЗКП-а). За разлику од решења некадашњег Закона о кривичном поступку Југославије (чл. 218. ст. 3), више не постоји обавеза органа кривичног поступка да поучи окривљеног да, уколико не да исказ, тиме „може отежати прикупљање доказа за своју одбрану“. Окривљени, дакле, аутономно, без уплива суда, одлучује о бенефитима и недостацима тактике коју ће изабрати да се супротстави оптужби. Међународноправни стандарди заштите окривљеног од самооптуживања, респектују се немогућношћу заснивања судске одлуке на исказу окривљеног, уколико окривљени није поучен о праву на ћутање (чл. 85. ст. 5. ЗКП-а Србије).

Право на ћутање, као легитиман вид остваривања одбране окривљеног, егзистира и у компаративном праву. *Француско* кривичнопроцесно законодавство, тек од реформе из 2000. године, прописује општу обавезу полиције и суда да окривљеног поучи о праву на ускраћивање исказа. Ова обавеза органа кривичног поступка егзистирала је до 1993. године, али је реформом, спроведеном 2000. године, ово право окривљеног укинато (Delmas-Marty, & Spenser, 2002, p. 612).

Немачко кривичнопроцесно законодавство је, новелом из 1964. године, предвидело могућност да окривљени, као тактику остваривања одбране, изабере и недавање исказа. Притом, постоји обавеза органа кривичног поступка да окривљеног упозори на ту могућност (§ 136. StPO). Забрањују се и притисци на вољу окривљеног ради давања исказа, као и вршење експеримената над њим (§ 136.a StPO). Право на ћутање окривљени има и на саслушању пред полицијом (§ 163.a 3-4 StPO), као и на главном претресу (§ 243. ст. 4 StPO). Међутим, ова обавеза органа кривичног поступка није санкционисана, јер нису предвиђене правне последице за случај њеног непоштовања.

Италијанско законодавство предвиђа право окривљеног да сам себе не инкриминише. Пре почетка испитивања, окривљени се мора упозорити да има право да не одговара на питања, али да ће ипак поступак следити свој ток (чл. 64. ст 3.б ЗКП-а Италије). Окривљени, притом, не може ускратити одговор на питања о идентитету. Међутим, све до амандмана на чл. 64. ст. 3. ЗКП-а из 2001. године, није била предвиђена апсолутна ништавост исказа окривљеног, добијеног без претходног упозорења о постојању права на ћутање (Delmas-Marty, & Spenser, op. cit, стр. 610). *Енглеско* право, које се, у

начелу, одриче исказа окривљеног као доказног средства, ипак налази начина за испитивање окривљеног, чиме ограничава и право на пасиван вид остваривања одбране. Пре почетка испитивања, енглески полицијски службеници морају окривљеног упозорити да није дужан да да исказ, али да његовој одбрани може шкодити ако прећути неке чињенице које би касније у поступку користио. Наиме, енглески *Criminal Justice and Public Order Act*, из 1994. године, предвиђа право пороте да изведе неповољне закључке по окривљеног, ако је он пред полицијом прећутао неке чињенице, а касније се његова одбрана, у поступку, позивала на њих. Пошто је порота лаички орган, суд је дужан да, пре већања и гласања о кривици окривљеног, подучи пороту о њеној могућности да у конкретном случају примени ово ограничење права окривљеног на ћутање (Emmins, 2000, p. 30).

Сагледавајући нормативну основу права на усмену расправу пред кривичним судом у позитивном праву Србије, може се закључити да српско законодавство углавном респектује међународноправне стандарде. Позитивноправни амбијент омогућава да судска одлука представља резултат усменог и контрадикторног сучељавања странака пред кривичним судом. Међутим, наглашена адверзијална конструкција главног претреса, пропраћена процесном пасивизацијом суда у доказном поступку на главном претресу, објективно може сузити делотворност усмене расправе у централној фази кривичног поступка. Изостанак санкционисања права пуномоћника приватног и супсидијарног тужиоца, супсидијарног тужиоца, као и оштећеног (чак и када има право на жалбу по свим основима (чл. 433. ст. 4), као апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка, не доприноси реализацији међународно верификованих постулата права на усмену расправу пред кривичним судом.

ЛИТЕРАТУРА

- Бркић, С. (2004). *Рационализација кривичног поступка*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност.
- Delmas-Marty, M., & Spenser, J. R. (2002). *European Criminal Procedures*. Cambridge: University Press.
- Emmins, C. (2002). *Criminal Procedure*. London: Oxford University Press.
- Luhmann, N. (1992). *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Službene novine Republike Hrvatske.
- Vouyoucas, C. (1994). *Procédures sommaires en matière pénale. Rapport general pour XIV Congrès international, Academic Internationale de Droit comparé, sectio VB, Athenes*.
- Одлука Европског суда у случају Luidicke i Кос против Немачке, 1978.
- Одлука Европског суда у случају Mireu против Уједињеног Краљевства (41/1994/488/570), од осмог фебруара 1996. године.
- Одлуке Европског суда у случајевима: Ekbatani против Шведске, од 26. маја 1988. и Cooke против Аустрије, од 8. фебруара 2000. године.

- Pavišić, B. (2002). *Talijanski kazneni postupak*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zavod za kaznene znanosti Mošćenice.
- Петрић, Б. (1985). *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*. Београд: Пословна политика.
- Пресуда Европског суда, у случају Fisher против Аустрије, донета 26. априла 1995.
- Пресуда Европског суда у случају Sanders против Уједињеног Краљевства, донета 17. децембра 1996.
- Пресуда Европског суда у случају Миреј против Уједињеног Краљевства, од 8. фебруара 1996.
- Пресуда Европског суда у случају Mc Ginis против Ирске, донета 21. децембра 2000.
- Thaman, C. S. (2008). *Comparative Criminal Procedure*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, Comparative Law Series.
- Traskman, P. O. (1983). *The Procedure for Punishing and Processing Misdemeanors Report at Hungarian-Finnish Penal law Seminary on Petty Offences*. Budapest.
- Шкулић, М. (2009). *Кривично процесно право*. Београд: Правни факултет, Центар за издаваштво.
- Weigend, T. (1984). *The Bare Bones of Criminal Justice: The Simplification of the Criminal Process*. Helsinki:Heuni.

Saša Knežević, University of Niš, Faculty of Law, Niš

INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS OF THE RIGHT TO ORAL PRESENTATION BEFORE THE COURT

Summary

Oral presentation of evidence allows the parties to present their views on the criminal matter and to respond immediately to the position of the opposing party. At the same time, the court is able to promptly remove the ambiguity arising from the statement of the procedural subjects and to direct the course of evidentiary proceedings. Deviations from the principle of orality, which are allowed by law, cannot disavow the very essence of this important procedural principle.

Oral discussion about criminal litigation is unthinkable without the use of appropriate language. It is an instrument for conveying thoughts, ideas, and opinions, and it is a means of communication between the court and the procedural subjects, and between the opposed parties themselves, in the presence of other participants in the criminal proceedings. As a prerequisite for the realization of orality principle and other principles of the criminal procedure law, the use of language in court (as well as in the Criminal Procedure Code) is regulated by international legal documents, the Constitution, and the law.