

UDK: 343.131.5

Вања Бајовић

Асистент Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРАВО НА ОДБРАНУ ЋУТАЊЕМ¹

Увод

Према Уставу Републике Србије, лице које је окривљено или коме се суди за кривично дело није дужно да даје исказе против себе или против лица блиских себи, нити да призна кривицу (чл. 33. став 7). Окривљени је увек слободан у избору да ли ће се бранити активно, или ће се пак одредити за потпуну процесну неактивност, која се жаргонски означава као „одбрана ћутањем”². Законик о кривичном поступку такође гарантује ово право у свим фазама поступка. Лице лишено слободе мора бити одмах обавештено да није дужно ништа да изјави и да све што изјави може бити употребљено као доказ против њега (чл. 5. ст. 1. тач. 1), окривљени није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на постављена питања (чл. 89. ст. 2), оптужени није дужан да се изјасни о оптужби нити да износи своју одбрану (чл. 320. ст. 3)

Право на одбрану ћутањем (*right to silence*) често се поистовећује са привилегијом против самооптуживања (*privilege against self-incrimination*). Упркос бројним сличностима, нераскидивој повезаности и истом развојном путу наведених гаранција, неопходно је на самом почетку указати на разлике које онемогућавају њихово поистовећивање. Право на одбрану ћутањем је право окривљеног да се вербално не изјашњава пред судом и другим државним органима, да не износи своју одбрану и

¹ Првобитна верзија овог рада објављена је у часопису *Правни животи бр. 10*, том II, књига 520, година LVII, Удружење правника Србије, Београд, 2008, стр. 5–17

² Шкулић М., *Кривично процесно право- ојшши гео*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 142–143

не одговара на постављена питања. С обзиром да право на одбрану припада искључиво окривљеном, он је самим тим и једини титулар права на одбрану ћутањем. Привилегија против самооптуживања је право појединца да у кривичном поступку не износи чињенице и доказе који иду на његову штету. Док право на одбрану ћутањем има искључиво окривљени, привилегија против самооптуживања обухвата и сведоке који нису дужни да одговарају на поједина питања ако је вероватно да би тиме изложили себе или блиска лица тешкој срамоти, знатној материјалној штети, или кривичном гоњењу (чл. 100 ЗКП). И у погледу окривљеног привилегија против самооптуживања има шири домашај, с обзиром н то да поред права окривљеног да се уздржи од вербалног давања исказа, обухвата и његово право да се уздржи од давања било каквих доказа у кривичном поступку против своје воље. По мишљењу Европског суда за људска права, привилегија против самооптуживања између осталог подразумева да се докази који су прибављени од окривљеног принудом, преваром, претњом, обећањем или на други недозвољен начин не смеју користити у кривичном поступку.³ Сходно томе, право на одбрану ћутањем је елемент привилегије против самооптуживања, али се ова привилегија не своди искључиво на то право.

Право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања воде порекло из англосаксонског права а и данас у различитим кривичнопроцесним системима имају различиту примену. Док је, примера ради, у домаћој пракси као и у другим државама континенталне Европе права реткост да се окривљени на главном претресу брани ћутањем, у државама англосаксонске правне традиције права је реткост да се окривљени уопште изјашњавају на сопственом суђењу. Упоредна анализа нашег кривичног поступка и кривичног поступка у Сједињеним Америчким Државама послужиће као пример различите имплементације и практичног значаја права на одбрану ћутањем.

Историјски приказ

Право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања настали су у Енглеској као реакција на злоупотребе које су се јављале пред црквеним судовима и судом „Звездане коморе“⁴. Обавезно испитивање окривљеног под заклетвом било је основна карактеристика тадашњег поступка, а неретко су се користила и најбруталнија мучења

³ *Sanders v. United Kingdom* (1997) 23 E.H.R.R. 313 (ECHR)

⁴ Јекић З., Данић Р., *Кривично процесно право*, Београд, 2005, стр. 126–127.

како би се издејствовало његово признање⁵. Након укидања наведених судова 1641. године, успостављено је правило да нико није дужан да пружа доказе против себе (*nemo tenetur accusare se ipsum*), и укинута је обавезно стављање окривљеног под заклетву. Међутим у времену у коме су настали, право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања и нису имали претерано велики практични значај. Све до средине осамнаестог века окривљени није имао право да испитује и унакрсно испитује сведоке, право да се непосредно обраћа пороти добија тек почетком 19-ог века, док је право на браниоца свим категоријама окривљених у Енглеској дозвољено тек 1836. године!⁶ Сходно томе, једини ефикасан начин одбране пред поротом била је активна лична одбрана. Право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања добиле су на значају тек након усвајања осталих гаранција окривљеног, попут права на браниоца, претпоставке невиности, доказивања „ван разумне сумње” и сл. Наведене гаранције, иако настале у Енглеској, првобитно су почели да се примењују у Сједињеним Америчким Државама. По завршетку Рата за независност, привилегија против самооптуживања је 1789. године прокламована V амандманом америчког Устава, а свим окривљенима је уједно дозвољено и право на браниоца у кривичном поступку, чиме им је фактички и омогућено да се бране ћутањем.

У континенталним европским државама, наследницама инквизиторског система, наведене гаранције су се укорениле нешто касније. Интересантно је да право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања уопште нису изричито предвиђени Европском конвенцијом за заштиту људских права (ЕКЉП). Упркос томе Европски суд за заштиту људских права (ЕСЉП) се у својој пракси често бавио поштовањем наведених гаранција⁷, истакавши да је реч о „општеприхваћеним

⁵ У време снажног црквеног утицаја заклетва је имала далеко већи значај него данас, сматрана је врстом принуде која је окривљеног обавезивала да говори истину. Као што данас сведоке страх од кривичне одговорности за давање лажног исказа приморава да говори истину, окривљеног који би давао исказ под заклетвом на истину је обавезивао страх од „божијег суда”. Види: Marty M. D. and Spencer J. R., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002,

⁶ Landsman, S., *The rise of the contentious spirit- Adversary procedure in eighteenth century England*, Cornell Law Review, 1990

⁷ *Sander v. United Kingdom* no. 34129/96, 9. Maj, (2000), *John Murrey v. United Kingdom* (1996) 22 E.H.R.R. 29 (ECHR), *Serves v. France* (1999) 28 EHHR 265, *Quinn v. Ireland* (2000) no. 36887/97, *Heaney and McGuinness v. Ireland* (2001) 33 EHHR 12, *Allan v. United Kingdom* (2003) 36 EHHR 12, *JB v. Switzerland* (2001) no. 31827/96, *Condorn v. United Kingdom* (2001) 31 EHRR 1, *Averill v. United Kingdom* (2001) 31 EHRR 36, итд. Сви случајеви доступни на: www.echr.coe.int

стандардима који чине неизоставни део права на правично суђење, гарантованог чланом 6. Конвенције”⁸. Према тумачењу Европског суда, правично суђење подразумева право окривљеног да се брани ћутањем и не одговара на постављена питања⁹, суд не сме да извлачи било какве доказне закључке из одбијања окривљеног да да исказ полицији, или да се изјасни пред судом¹⁰, привилегија протов самооптуживања и право на одбрану ћутањем су нераскидиво повезани са претпоставком невиности која подразумева да је терет доказивања у кривичном поступку на тужиоцу, а окривљени ни на који начин не сме бити примораван да призна кривицу нити да одговара на постављена питања¹¹.

Данас су право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања универзално прихваћена начела која представљају неизоставни елемент права на правично суђење. За разлику од ЕКЉП, касније донети Статут међународног кривичног суда (Римски статут) изричито предвиђа да окривљени има право да се брани ћутањем и да се не сме присиљавати да износи своју одбрану нити да призна кривицу. Одбрана ћутањем не сме се узимати у обзир приликом одлучивања о његовој кривици (чл. 67. Римског Статута).

Право на одбрану ћутањем одувек је било предмет оштрих критика и дебата. Примера ради, Цереми Бентам је сматрао да ово право никада не иде у прилог невинима. „Када би се сви злочинци, криминалци и делинквенти састали са жељом да направе систем по њиховој жељи, није ли ово прво право које би захтевали у своју корист? Кривци знају да су извршили кривично дело и у интересу им је да сакрију истину, док невини ни у ком случају немају погодности од права на одбрану ћутањем. У њиховом је интересу да се изјасне пред судом како би се открила права истина, као што је кривцима у интересу да се бране ћутањем” писао је Бентам.¹² Критике по сличном основу изношене су и касније¹³ а на њих је углавном

⁸ *Murray v UK* (1996) 22 E.H.R.R. 29 (ECHR)

⁹ *Funke v France* (1993) 16 E.H.R.R. 297 (ECHR)

¹⁰ *Condron v UK* (2000) 8 V.H.R.C. 290 (ECHR)

¹¹ *Saunders v UK* (1997) 23 E.H.R.R. 313 (ECHR)

¹² Menlowe, M. A., *Bentham, Self-Incrimination and the Law of Evidence*, 104 *Law Quarterly Review* 104, 1988, str. 286–307

¹³ Види: McNaughton J, *The Privilege Against Self-incrimination: Its Constitutional Affectation, Raison d’Etre and Miscellaneous Implications*, 51 *Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science* 138, 1960, Dennis I, *Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-incrimination*, 54 *Cambridge Law Journal* 342, 1995, Cassell P.G, *The Statute that Time Forgot: 18 U.S.C.A. §3501 and the Overhauling of Miranda*, *Iowa Law Review*, n. 175, 1999., Stephen J. Johnson, *Miranda Should be Reconsidered*, *The Indiana Lawyer*, December 22, 1999.

одговарано позивањем на претпоставку невиности. Претпоставка невиности налаже да је терет доказивања на тужиоцу, док окривљени никада није дужан да доказује своју невиност. Сходно томе, окривљени има могућност да износи своју одбрану и доказе који му иду у прилог, али никада није дужан да то чини. Но поставља се питање да ли је невином лицу у интересу да се током главног претреса уопште вербално не изјашњава, и не износи доказе који му иду у прилог, уверен да тужилац неће бити у стању да докаже његову кривицу? Историјски посматрано, *ratio legis* настанка права на одбрану ћутањем био је заштита појединца од тираније власти, усмерене на давање његове изјаве и признања. Са модернизацијом кривичног поступка, забраном тортуре и јачањем осталих права окривљених, право на одбрану ћутањем изгубило је на свом првобитном значају, те се поставља питање да ли су Бенгамове критике биле основане, тј. да ли ово право заиста нема никакав значај у заштити невиних? Одговор је негативан, имајући у виду да се ово право не реализује само на главном претресу већ и у фазама поступка које му претходе.

Испитивање осумњиченог од стране полиције

Главна сврха полицијског испитивања није у томе да осумњичени изнесе своју одбрану, већ пре свега да сумња против њега буде потврђена како би се покренуо кривични поступак и обезбедили докази¹⁴. Привилегија против самооптуживања омогућава осумњиченом да не износи доказе против себе, а један од начина за реализацију тог права је одбрана ћутањем током полицијског испитивања. Право осумњиченог да се брани ћутањем, тј. да се уздржи од давања исказа пред полицијом, не би му осигурало заштиту ако не би знао да га има. Стога је полиција дужна да осумњиченог, пре сваког испитивања упозна са његовим правима.

Најзначајнији амерички преседан у погледу поступања полиције са осумњиченим је случај Миранда из 1966 године,¹⁵ којим је Врховни Суд

¹⁴ Herrmann J., *Policijsko ispitivanje okrivljenika – igra moći: Njemačka, Sjedinjene Američke Države, Hrvatska*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 1, 2004, str. 259–276

¹⁵ Ернесто Миранда је, након лишења слободе полицији признао да је извршио отмицу и силовање, иако га полиција претходно није упозорила на његова права. Тужилац је на суђењу као доказ изнео признање окривљеног дато полицији које је пороти било свим довољан доказ да га огласи кривим. Међутим Врховни Суд је поништио пресуду ставивши да се радило о незаконитом доказу који није смео да се износи пред пороту, са обзиром да осумњичени пре давања исказа није био упознат са својим правима. У поновљеном поступку Миранда је осуђен на 11 година затвора, али захваљујући исказима сведока и другим валидним доказима презентованим пороти. Види: *Миранда в. Аризона*, 384 У.С. 436 (1966)

САД успоставио правило да је свака изјава дата полицији неприхватљива, ако је окривљеном дата без упозорења о његовим правима. Поука о правима или тзв „Миранда упозорење” подразумева да полиција пре сваког испитивања мора упозорити осумњиченог коме је одузета слобода да: а) није дужан ништа да изјави, б) да све што изјави може да се користи као доказ у поступку ц) да бранилац присуствује саслушању д) да захтева да му се постави бранилац по службеној дужности.

Конгрес САД је у неколико наврата покушао да ограничи правило Миранда доношењем закона који омогућавају да се као доказ у поступку користе изјаве које је окривљени добровољно дао полицији, без обзира што претходно није био упознат са својим правима. Међутим, у случају *Dickerson v. United States*¹⁶ Врховни суд је истакао да је одлука у предмету Миранда заправо представљала тумачење привилегије против самооптуживање која је прокламована Уставом САД-а, те да Конгрес није овлашћен да било каквом законодавном активношћу поништава или мења одлуке Врховног Суда. Временом је Врховни Суд САД прихватио неке изузетке од стриктног тумачења правила Миранда. Примера ради, када агент провокатор дође до информација о кривичном делу, то представља прихватљив доказ, без обзира што осумњичени нису били упозорени да разговарају са полицијским службеником¹⁷.

Попут свих савремених, демократских законика и наш Законик о кривичном поступку такође обавезује полицију да осумњиченог пре саслушања упозна са његовим правима. Но детаљнија анализа законских одредби показује да се права осумњиченог који је лишен слободе или задржан од стране полиције разликују од права осумњиченог који се саслушава „на слободи”. Стриктно језичко тумачење указује да осумњичени има право на одбрану ћутањем једино у случају задржавања или лишења слободе од стране полиције.

Разлика се, наиме прави у погледу полицијског испитивања које захтева упозорење и оног које се може водити без упозорења. Грађанима од којих прикупља обавештења полиција није дужна да даје било каква упозорења. Како полиција нема право да саслушава грађане у својству сведока, вештака или окривљених (чл. 226. ст. 2), ни грађани немају дужност сведочења, тј. давања исказа пред полицијом¹⁸. Ако се међу тим лицима налази и осумњичени, његово прво испитивање фактички тече

¹⁶ *Dickerson v. United States* No. 99-5525 (2000)

¹⁷ *Illinois v. Perkins* 496 U.S. 292 (1990)

¹⁸ Опширније: Грубач М., *Коменшар законика о кривичном поступку*, Јустинијан, Београд, 2005, стр.399

без било каквих претходних упозорења од стране полиције, као и без обавезе да да било какав исказ. Међутим, ако то лице, током испитивања стекне својство осумњиченог, полиција је дужна да га одмах обавести о: а) делу за које се терети и основама сумње, б) праву да узме браниоца који ће присуствовати његовом даљем саслушању и ц) да није дужан да без браниоца одговара на постављена питања (чл. 227. ст. 8). Право на одбрану ћутањем није поменуто. Једино у случају да полиција донесе решење о задржавању осумњиченог, њему припадају права која има лице лишено слободе, међу којима је и право да се брани ћутањем (чл. 227. ст. 8. упућује на члан 5. који међу правима лица лишеног слободе предвиђа и право да оно није дужно ништа да изјави и да све што изјави може бити употребљено као доказ против њега). Иако је овакво решење аналогно америчком, мора се имати у виду чињеница да се стандард „лишења слободе” неупоредиво шире тумачи у америчкој пракси. Примера ради, Врховни суд САД је нашао да је осумњиченом одузета слобода у случају када је седео на сопственом кревету у четири сата ујутру док су га окруживала четири полицајца која су га испитивала.¹⁹

Искази дати полицији не могу се користити као доказ у поступку.²⁰ Изузетак је предвиђен у случају да осумњичени, у присуству адвоката, пристане да да исказ, када ће га полиција саслушати по одредбама о саслушању окривљеног (чл. 226. ст. 9). Акцент је на пристанку осумњиченог, што значи да он ни у ком случају није дужан да се изјашњава пред полицијом и његово право на одбрану ћутањем не доводи се у питање. Велика је разлика у положају осумњиченог током испитивања у полицији и положају оптуженог приликом испитивања на главном претресу. За разлику од главног претреса који је јаван, полицијска испитивања се одвијају иза затворених врата што неретко доводи у питање поштовање права осумњичених, те је и разумљива њихова одлука да се бране ћутањем. Но, поставља се питање који је мотив оптужених да се на главном претресу бране ћутањем? Одговор на ово питање најбоље одсликава разлику између адверзијалног система, карактеристичног за државе англосаксонског правног подручја и мешовитог система заступљеног у државама континенталне Европе.

¹⁹ *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969).

²⁰ Информативни разговор „има само тзв. оперативни значај, тј. таквом радњом само се у одређеној мери указује на друге могуће доказе и начине прибављања доказа, али сам његов исказ дат у својству грађанина нема значај доказа у кривичном поступку.” Види: Шкулић М., *Коментар закона о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 783.

Одбрана ћутањем на главном претресу

У англосаксонском праву окривљени се ретко изјашњавају пред поротом и одбрана ћутањем најчешћи је начин одбране на суђењу. Разлози за то налазе се у другачијем положају одбране и другачијем концепту самог главног претреса, односно суђења.

Стручна одбрана у Америци никада није обавезна, али је увек могућа. Окривљени увек има могућност да се сам брани, независно од тежине кривичног дела или других околности које би у нашем праву захтевале обавезну одбрану, а исто тако окривљени увек има могућност да захтева од суда да му се постави бранилац по службеној дужности, без испуњења било каквих додатних услова. У пракси се окривљени ретко одлучују на самосталну одбрану, имајући у виду много значајнију и активнију улогу браниоца која је последица саме природе адверзијалног суђења.

Америчка суђења карактерише изразита пасивност судије и доминација тужиоца и браниоца. Питања кривице и санкције разматрају се на два одвојена рочишта, те одлуку о кривици самостално доносе обични грађани у виду пороте, док судија самостално, на посебном рочишту, одлучује о врсти и мери кривичне санкције. Порота броји дванаест чланова који се бирају компјутерски, по принципу случајног узорка, са бирачког или неког другог општег списка²¹. Грађани су дужни да се одазову позиву суда и прихвате учешће у одлучивању. Док се у мешовитом поступку поротници бирају на одређени временски период и за одређени суд, у англосаксонском праву порота се бира за сваки конкретан случај²². Поротници пре одлучивања немају право увида у истражне списе нити у казнену евиденцију, и одлучују искључиво на основу доказа непосредно изведених на суђењу. Начело објективне непосредности доследно је спроведено, тако да не постоји могућност читања раније датих исказа сведока, нити постоји могућност саслушања сведока ван главног претреса. Извођење доказа искључиво је у рукама странака. Тужилац и одбрана одлучују које ће доказе презентовати пороти и којим редом,

²¹ Види: *The Federal Jury Selection and Service Act*, доступно на: www.law.cornell.edu/uscode/28/usc_sec_28_00001865-000-.html - 12k .

²² У Америци се неретко дешава да избор поротника траје дуже од самог суђења. Примера ради, у поступку *People v. McDonald, Robinson and Evin*, суђење је трајало нешто мање од два месеца, док је избор поротника трајао више од осам месеци, с обзиром да је испитано више од 1000 потенцијалних поротника! Види: Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, Harvard International Law Journal, Vol. 45, Number 1, Winter 2004.

начело доказне аквизиције не важи, докази су страначки, те сведоци и вештаци²³ сведоче у корист једне од странака²⁴.

Имајући виду да пороту не чине правници већ обични грађани различитог образовања, економског и друштвеног положаја, странке су дужне да им доказе презентују на разумљив начин, како би их уверили у своје тврдње. Отуда и тако велики значај алибија у америчком праву, јер ако бранилац успе да убеди пороту да се окривљени у време извршења кривичног дела налазио на другом месту и нађе сведоке који би то потврдили, добио је случај! Због тога се верује да исход суђења у Америци првенствено зависи од способности и вештина тужиоца и браниоца. Они су динамични и активни, шетају судницом, приближавају се и обраћају пороти, излагања друге стране прекидају честим приговорима, што све доприноси читавом тоналитету суђења.²⁵

Какав је положај окривљеног у том доказном надметању? Најкраће речено, окривљени је само пасивни посматрач сопственог суђења. Док је у нашем праву, као и у осталим континентално-европским државама наследницама инквизиторског модела, саслушање окривљеног предвиђено не само као посебна доказна радња већ и прва која се предузима на главном претресу, у англосаксонском праву саслушање окривљеног уопште није предвиђено као доказна радња. Сходно томе, правило је да се окривљени уопште не саслушава на суђењу. У случају да окривљени инсистира да се изјасни, саслушава се као сведок у сопственом предмету. Саслушање окривљеног као сведока повлачи следеће процесне последице:

1. Окривљени се, као и сваки други сведок саслушава под заклетвом.
2. Окривљени, као и сваки други сведок може кривично одговорати за давање лажног исказа, што значи да се лаж не прихвата као легитимно средство одбране.

²³ Вештаци се не могу окарактерисати као помоћници суда у разјашњавању ванправних питања, с обзиром на то да их не ангажује суд, већ странке и налаз и мишљење им обично иде у прилог странке која их је ангажовала. Види: Pizzi W., *The Search for the whole trutha about American and European Criminal Justice*, New York University Press, January 1999.

²⁴ Сведока најпре саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), затим га испитује друга страна (*cross-examination*) те на крају поново странка која га је позвала (*re-examination*).

²⁵ Задатак тужиоца и браниоца је да пороту убеди у своје тврдње, те поред правног знања морају и да баратају вештинама говорништва, јавног наступа и сл. Зато се и истиче да је сваки добар адвокат уједно и добар глумац, који мора да зна да изабере праве речи и изговори их на прави начин, уз одговарајућу гестикулацију, како би пороту убедио да је у праву. Види: Gordon Van Kessel, *Adversory Excesses in the American Criminal Trial*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 67, 1992.

3. Тужилац је, једино у том случају, овлашћен да пороту упозна са ранијим осудама окривљеног. Порота пре одлучивања нема право увида у казнену евиденцију, а тужиоцу је забрањено да поротницима износи податке о ранијој осуђиваности окривљеног. Његова ранија осуђиваност редовно се узима у обзир у следећој фази поступка, при одређивању санкције, али се полази од тога да је ирелевантна за одлучивање о кривци јер може да наведе поротнике на погрешан закључак да је лице које је раније вршило кривична дела извршило кривично дело и у конкретном случају. Међутим, ако окривљени одлучи да сведочи у сопственом поступку има статус обичног сведока и тужилац је овлашћен да пороту упозна са његовим ранијим осудама, што је легитиман начин за дискредитацију сваког „супарничког” сведока у очима поротника.

Имајући то у виду, окривљени се обично уопште не изјашњавају на сопственом суђењу већ тек у следећој фази поступка, на рочишту за одређивање и изрицање санкције. Мотиви окривљеног да се брани ћутањем су јасни: У случају да је окривљени раније осуђиван, његово изјашњавање би уједно значило и упознавање пороте са његовим ранијим осудама, па како не би ризиковао да на основу тога порота прејудира одлуку о његовој кривци у конкретном случају, окривљени се обично одлучује на одбрану ћутањем. Поред тога, ако окривљени одлучи да се изјасни има статус сведока, што значи да мора говорити истину како не би ризиковао да буде оптужен за давање лажног исказа.

За разлику од тога, у нашем праву, као и у осталим државама мешовитог система, саслушање окривљеног предвиђено је као посебна доказна радња, што повлачи следеће процесне последице:

- оптужени се на главном претресу први саслушава, а његов исказ цени се као сваки други доказ у складу са слободним судијским уверењем.
- Окривљени се не саслушава под заклетвом и не може кривично одговорати за давање лажног исказа, што фактички значи да га ништа не обавезује да говори истину. Чињеница да је окривљени лагао не сме се третирати као отежавајућа околност, нити може имати било какав утицај на избор врсте и мере кривичне санкције.²⁶
- За разлику од сведока који је дужан да сведочи, окривљени има право да одбије да да исказ, односно да се брани ћутањем.
- Ћутање окривљеног не може се тумачити као признање, већ се мора третирати као комплетно порицање.

²⁶ Шкулић М., *Кривично процесно право – општи део*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 217.

- Одбрана ћутањем не сме се третирати као отежавајућа околност при одмеравању санкције.
- Из одбране ћутањем суд не сме изводити било какве доказне закључке.

Право на одбрану ћутањем на главном претресу је у нашем праву релативизовано одредбом чл. 321. ст. 2. ЗКП која предвиђа да „Ако окривљени на главном претресу одлучи да се брани ћутањем, а у ранијим фазама поступка је дао исказ, прочитаће се његов ранији исказ”. Недостатак активне вербалне одбране на главном претресу може се компензовати ранијом активном одбраном, ако је постојала. Судија ће тај исказ ценити као и сваки други доказ, у складу са слободним судијским уверењем. Дакле, одбрана ћутањем на главном претресу и нема велики практични значај ако је окривљени већ дао исказ полицији или истражном судији, с обзиром на то да ће се тај исказ доказно вредновати. За разлику од тога, у акузаторском поступку је начело објективне непосредности доследно спроведено, те пред поротом није дозвољено читање раније датих исказа, како сведока, тако ни окривљених. Како порота нема право увида у истражне списе, нема начина да се упозна са раније датим исказима окривљеног, те одбрана ћутањем на главном претресу има далеко већи практични значај.

У домаћој пракси су случајеви коришћења права на одбрану ћутањем на главном претресу изузетно ретки, а намеће се и питање мотива окривљених да се бране на овај начин. Како окривљени никада не може одговорати за давање лажног исказа, нити му се „лаж” може третирати као отежавајућа околност, радије ће се одлучити за активну вербалну одбрану изношењем неистинитих чињеница, него на одбрану ћутањем. Судија се, пре суђења увек упознаје са истражним списима као и са евентуалном ранијом осуђиваношћу окривљеног, тако да ни други мотив окривљених пред америчким судовима да се бране ћутањем, тј. да порота не би прејудицирала кривицу на основу њихове раније осуђиваности, у нашем систему не важи. У нашој пракси окривљени се углавном бране активно, најчешће изричитим признањем кривице које им се цени као олакшавајућа околност при одмеравању казне, или пак изричитим негирањем навода оптужнице које не може имати никакве штетне последице ако се установи да је њихов исказ био неистинит. Искуство показује да су основни (и једини) мотиви окривљеног да се на главном претресу брани ћутањем жеља за одуговлачењем поступка²⁷ или пак тежња ка доказном опструкцијом²⁸.

²⁷ Окривљени је, примера ради, своју одбрану излагао тек у жалби на пресуду, што је доводило до укидања пресуде и поновног суђења. Види: Грубач М., *Коменшар законица о кривичном поступку*, Јустинијан, Београд, 2005, стр. 175.

Закључна разматрања

Историјски посматрано, право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања настали су у циљу заштите појединца од свемоћи и самовоље државних власти. Првобитно настале у англосаксонском праву, наведене гаранције и данас имају различити значај у адверзијалном кривичном поступку карактеристичном за државе англосаксонског правног подручја и мешовитом кривичном поступку, заступљеном у државама континенталне Европе. У нашој пракси, право на одбрану ћутањем далеко се чешће користи приликом испитивања у полицији него на главном претресу. За разлику од главног претреса који је јаван, полицијска испитивања се одвијају иза затворених врата, што неретко доводи у питање поштовање права осумњичених, те је и разумљива њихова одлука да се бране ћутањем. Но поставља се који је *ratio legis* коришћења овог права на главном претресу? Иако се одбрана ћутањем не сме доказно ценити приликом одлучивања о кривици, несумњиво је да утиче како на уверење судије, тако и на став јавности у погледу кривице оптуженог, јер се полази од логичне претпоставке да је невином лицу у интересу да изнесе своју одбрану. Активна одбрана у интересу је не само невинома већ и оптуженима који су извршили кривично дело, јер ако оптужени призна кривицу признање му се узима као олакшавајућа околност при одмеравању казне. Чак и ако оптужени који је извршио кривично дело негира кривицу, фактички ништа не ризикује активном одбраном имајући у виду да не може одговорати за давање лажног исказа. Стога не изненађује чињеница да су у нашој пракси одбране ћутањем на главном претресу изузетно ретке а и када се користе, користе се у циљу одуговлачења поступка или доказне опструкције.

Међутим у англосаксонском праву, у коме је и настала, одбрана ћутањем има другачији значај. Како саслушање окривљеног није предвиђено као посебна доказна радња, окривљени који жели да се изјасни пред поротом има статус сведока у сопственом поступку. Саслушање окривље-

²⁸ Вероватно најпознатији случај одбране ћутањем у нашој пракси је суђење Макиној групи оптуженој за убиство полицијског генерала Бошка Бухе. Како окривљени током читавог главног претреса нису проговорили ни једну једину реч, транскрипти разговора којима је забележено планирање операције нису могли да се користе као доказ, са обзиром да је било немогуће утврдити да ли снимљени гласови припадају окривљенима. Интересантно је да су окривљени понудили суду да своје одбране изнесу писмено, што указује да се у конкретном случају није радило о одбијању активне одбране, већ искључиво о одбијању вербалне одбране. Случај је окончан доношењем ослобађајуће пресуде услед недостатка доказа.

ног као сведока значи да се окривљени саслушава под заклетвом и може одговарати за давање лажног исказа, што значи да се лаж не прихвата као легитимно средство одбране. Порота, која самостално одлучује о кривици, нема право увида у казнену евиденцију, те ранију осуђиваност окривљеног не може ни имати „у подсвести” приликом одлучивања о његовој кривици. Међутим, ако окривљени одлучи да сведочи у сопственом поступку, тужилац је овлашћен да пороту упозна са његовим ранијим осудама, као што је овлашћен да помене ранију осуђиваност сваког сведока одбране кога жели да дискредитује у очима поротника. Имајући то у виду и невино лице ће се тешко одлучити за изјашњавање пред поротом ако је икада раније осуђивано, како не би ризиковало да буде жртва предра суде „једном лопов – увек лопов”. Када се узме у обзир и чињеница да сваки окривљени, без испуњења било каквих додатних услова може захтевати да му се постави бранилац по службеној дужности, као и далеко активнија улога браниоца у кривичном поступку, јасни су и мотиви за процесну неактивност окривљеног, те одбрана ћутањем као најчешћи начин одбране на суђењу, оправдава пун смисао свога постојања.

Vanja Bajović
Assistant
University of Belgrade Law School

Right to Silence

Summary

Right to silence and privilege against self-incrimination are generally accepted principles that lie at the heart of the notion of a fair procedure. In spite of the fact that this guaranties are often considered as „one and the same thing”, they must be seen as a two partly overlapping circles. The right to silence is narrower and it refers to verbal communication alone, the right of accused not to speak. The privilege goes further and means protection of any person not to present evidence at the own expense. Both privileges originated from the common-law system, and even today they have various meaning and implementation in accusatorial system typical for the common law countries, and mixed procedural model, characteristic for the countries of continental Europe. Illustrative example is the fact that in the mixed system, accused rarely used his right to silence during the main hearing, while in the common law countries the accused rarely used his right to speak on the own trial. Practical application of right to silence in Serbian and American criminal procedure is given as an illustration of differences between two opposite models.

First part of the Article deal with the historical development of the guarantees, their regulation in international documents and interpretation in the practice of European Court of Human Rights. In the second part is explained right to silence during the police interrogation and Miranda warnings, while the third part copes with the using of this right during the trial. At the same time are clarified the differences between common law trial and European main hearing, as well as diverse role of the defense counsel, what all together contribute (and explain) various practical application of the right to silence.