



Универзитет у Нишу
Правни факултет



СТРАХИЊА Л. ДАВИДОВ

**УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА
У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ – ИМА ЛИ ПРАВДЕ
БЕЗ ИСТИНЕ?**

-докторска дисертација-

Ниш, 2014.



University of Nis
Faculty of Law



STRAHINJA L. DAVIDOV

**ESTABLISHMENT OF FACTS IN THE CRIMINAL
PROCEDURE – IS THERE JUSTICE WITHOUT
TRUTH?**

-doctoral dissertation-

Nis, 2014.

Ментор: Проф. др Војислав Ђурђић, редовни професор
Правни факултет
Универзитет у Нишу

Чланови Комисије: Проф. др Драго Радуловић, редовни професор
Правни факултет Подгорица
Универзитет Црне Горе

Проф. др Саша Кнежевић, редовни професор
Правни факултет
Универзитет у Нишу

Датум одбране:

УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ -

ИМА ЛИ ПРАВДЕ БЕЗ ИСТИНЕ?

Сажетак:

Повод истраживању које је пред нама представља правна акултурација у области кривичног процесног права, која се у наше време може посматрати уживо. Сходно томе, прво поглавље рада започиње панорамским приказом преображаја континенталноевропског поступка, наставља се проналажењем његовог узрока, а до кулминације стиже градуално: постепеним претварањем нејасних обрису истраживања у чврсте контуре главне теме. Срж истраживања састоји се у испитавању односа два супротстављена концепта: традиционалног, који је у средиште појма легитимитета одлука сместио уверење о исправности њиховог садржаја и надлазећег, који легитимитет одлука изводи из саме процесне праведности. Централну мисао рада представља теза да је кривични поступак више од процедуре, тј. да је у његове дубоке темеље похрањена идеја правде као моралне категорије. Њена разрада подразумевала је, пре свега, разрачунавање с јаросним силама скептицизма и моралног и културног плурализма и релативизма, али и обазриво скидање патине натолежене на процесним артефактима давно минулих времена.

Муке у којима се рађала главна мисао изнедриле су мноштво узгредних, не мање важних закључака. Један од њих се тиче питања субјеката који утврђују чињенице. Прихватање тезе да чињенично стање утврђује само суд и саопштава га у образложеној одлуци имплицира, по нашем уверењу, деловање истражне максиме и начела тражења истине. С друге стране, усвајање плуралистичке концепције о субјектима утврђивања чињеница нужно води схватању поступка као спора странака, легитимацији одлука кроз процедуру и самим тим, егзалтацији англо-америчких процесних форми.

И враћање у прошлост је донело значајна открића. Тако смо закључили да је уверење да се ради о најбољем од свих могућих начина доношења одлука похрањено у саме темеље поротног одлучивања. Институт пороте задржао је харизматску црту, насталу

у временима кад је англо-америчка порота ступала на место Бога и када су обе стране у спору обично веровале у праведност „божјег суда“. Одавде је изникла теза да доктрина о *fair* поступку, који легитимацију задобија процедуралном коректношћу, представља закасну рационализацију акузаторског типа поступка. Јер, пре него што је наступило време „процесног пуританизма“, англо-амерички поступак покретали су импулси материјалне правде и правичности. Таквом духу процеса доприносило је и веровање у импекабилитет одлуке дванаест поштених људи. Тек с апотеозом људских права, до које је дошло у другој половини прошлог века, почело је интензивније окупљање око заставе „процедуралне коректности“. На крају, генеалогичка линија коју смо пратили отворила је нове видике у разматрању домета правне акултурације. Овај процес, по нашем суду, може успети само уколико се на континенталном правном подручју безусловно прихвати *концепција поступка као спора странака*. Али, то подразумева више од простог теоријског обрасца: прихватање традиције настале из острвске географске и психолошке изолације као своје, као и идентификацију са процесним механизмима насталим вековним нашошћем садашњег на прошло у једном потпуно другачијем културном и правном окружењу.

Спашавање начела тражења истине тежак је, и по самој својој концепцији, нескроман подухват. Но, док смо се хватали у коштац са „скептичком аждајом“ и пролазили „Сциле и Харидбе“ различитих социолошких теорија и филозофских спекулација, идеју водилу представљала нам је следећа мисао: деградирање истине у кривичном поступку добрим се делом заснива на погрешном изједначавању “несазнатљивог” у социолошким теоријама сазнања и филозофији са “несазнатљивим” у кривичном поступку. Јер, ради се о различитим видовима недокучивости. Кривични поступак, наиме, припада здраворазумској равни збиље свакодневног живота. Он спада у “залиху доступног знања” и ограничен је на стварност света свакодневног живота коју нико не доводи у питање. Тако смо на крају закључили да не може бити правде без истине.

Кључне речи: кривични поступак, чињенично стање, процесне форме, начело истине.

ESTABLISHMENT OF FACTS IN THE CRIMINAL PROCEDURE – IS THERE JUSTICE WITHOUT TRUTH?

Abstract:

The underlying reason for the research at hand is the legal acculturation in the area of criminal procedure law, which can nowadays be observed in real time. In accordance with the above, the first section of the paper starts off with a panoramic presentation of the continental European procedure, investigating its causes, while the culmination is reached in a gradual manner: by progressively transforming the research's outlines into the firm contours of the main topic. The core of the research is examining the relationship of two opposed concepts: the traditional one placing the certainty about a decision's correctness into the center of the notion of its legitimacy and the upcoming one that draws the legitimacy of decisions from procedural fairness itself. The paper's central idea is the thesis that the criminal procedure is more than a proceeding, i.e. that the idea of justice as a moral category is deeply embedded into its foundations. Such idea's elaboration consisted before all of reckoning with the furious forces of skepticism, as well as with moral and cultural pluralism and relativism, but also carefully removing the patina layered on procedural artifacts of elder days.

The anguish at the main concept's birth brought about a myriad of incidental, however equally important conclusions. One of them pertains to the question of persons empowered to establish facts. Accepting the thesis that the state of affairs is to be established exclusively by the court, which is then to present it in a reasoned decision, represents, according to our view, the application of the investigative maxim and the principle of the inquisitorial approach to exploring the truth. On the other hand, adopting the pluralist concept on the persons vested with the right to establish case facts inevitably leads to viewing the procedure as an adversarial one involving both parties, to the legitimization of decisions through procedure and thus to the exaltation of Anglo-American procedural forms.

Turning to the past also led us to essential discoveries. We thusly concluded: the belief that we are faced with the best of all possible methods of decision making is embedded to the very foundations of the jury system. The jury as an institute kept its charismatic characteristics originating from times when the Anglophone jury replaced God and when both parties to a trial believed in the justness of "God's will". This is where the thesis derives from, according to which the doctrine of a *fair* trial receiving its legitimacy by procedural fairness represents in fact a belated rationalization of adversarial criminal proceedings. For, before the times of "procedural puritanism", the common law procedures were led by impulses of material justice and fairness. The belief in the impeccability of twelve honest people also contributed to the described spirit of proceedings. It was only at the apotheosis of human rights at the second half of the past century that the principle "procedural fairness" found its avid followers. Finally, the genealogy we followed opened up certain new viewpoints in examining the range of legal acculturation. This procedure, according to our opinion, may succeed only if the *concept of a criminal procedure as a dispute between parties* is unconditionally adopted in the continental legal systems. This, however, comprises more than simply adopting a theoretical pattern: embracing traditions stemming from the geographical and psychological isolation of an island as our own, as well as identifying with procedural mechanisms created by applying the past to the present within an entirely different cultural and legal environment.

Rescuing the principle of truth investigation is a difficult and, due to its own conception, an impudent venture. Yet, while trying to tackle the "skeptical dragon" and driven between the Scylla and Charybdis of various sociological theories and philosophical speculations, the leading idea throughout the paper was the following thought: the degradation of truth within criminal procedure is mostly based on wrongly equalizing the "unknowable" in sociological theories of cognition and philosophy with the "unknowable" in the criminal procedure. For these are two entirely different aspects of impenetrability. Namely, according to common sense, criminal procedure indeed belongs to the level of everyday life. It is part of the stock of available knowledge simultaneously being limited to the reality of everyday life that is not brought into question by anyone. And thus we ultimately concluded that there is no justice without truth.

Key words: criminal procedure, factual state, procedural forms, principle of truth.

САДРЖАЈ

I. УВОД.....	1
II. ВЕЛИКА ОБНОВА КОНТИНЕНТАЛНОГ ЕВРОПСКОГ ПОСТУПКА.....	8
1. ПОСТАВЉАЊЕ ДИЈАГНОЗЕ	8
2. ИЗВЕШТАЈИ С ФРОНТОВА	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
3. РАЗОТКРИВАЊЕ	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
4. ОДРЕЂИВАЊЕ ПИТАЊА.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
III. ОЖИВЉАВАЊЕ СТВАРНОСТИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	38
1. УОПШТЕНО.....	38
2. ПРАВНО РЕЛЕВАНТНЕ ИЛИ ОДЛУЧНЕ ЧИЊЕНИЦЕ?.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
3. СУБЈЕКТИ УТВРЂИВАЊА ЧИЊЕНИЦА.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
4. ФИНАЛЕ.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
5. POST SCRIPTUM.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
IV. ГЕНЕАЛОГИЈА КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ ФОРМИ.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
1. Увод	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
2. АНГЛО-АМЕРИЧКИ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК	68
2.1. Једностепеност поступања	70
2.2. Надзор странака над поступком	Error! Bookmark not defined.
2.3. Положај судије	Error! Bookmark not defined.
2.4. Порота	Error! Bookmark not defined.
2.5. Право о чињеницама	88
2.6. Споразум о признању кривице	Error! Bookmark not defined.
2.7. Додатак.....	Error! Bookmark not defined.
3. МЕШОВИТИ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
3.1. Инквизиторски корени.....	Error! Bookmark not defined.
3.2. Пропаст инквизиторског поступка.....	Error! Bookmark not defined.
3.3. Интермецо: Волтер адвокат	Error! Bookmark not defined.
3.4. Анатомија мешовитог поступка	Error! Bookmark not defined.
3.5. Поглед с друге стране Ла Манша	Error! Bookmark not defined.
V. ПРВИ ПРИНЦИПИ	116

1. ПРОЛЕГОМЕНА	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
2. ДОГМА О ПРАВИЧНОМ ПРОЦЕСУ: УГАОНИ КАМЕН САВРЕМЕНОГ АКУЗАТОРСКОГ ПОСТУПКА	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
2.1. Уводне напомене	Error! Bookmark not defined.
2.2. Поглед у историју идеје.....	119
2.3. Тријумф људских права.....	122
2.4. Појединачни случајеви	Error! Bookmark not defined.
2.4.1. Образложене одлуке и право на жалбу	Error! Bookmark not defined.
2.4.2. Јавна расправа.....	Error! Bookmark not defined.
2.4.3. Ћутање окривљеног	Error! Bookmark not defined.
2.4.4. Контрадикторно испитивање	Error! Bookmark not defined.
2.4.5. Једнакост оружја	Error! Bookmark not defined.
2.4.6. Незаконити докази	Error! Bookmark not defined.
2.4.7. Право на суђење у разумном року.....	Error! Bookmark not defined.
2.5. Суштина права на правично суђење.....	Error! Bookmark not defined.
3. НАЧЕЛО ТРАЖЕЊА ИСТИНЕ – СИНОНИМ ДЕКАДЕНЦИЈЕ МЕШОВИТОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
3.1. Уводне напомене	Error! Bookmark not defined.
3.2. Истина у филозофији	Error! Bookmark not defined.
3.2.1. Теорија кореспонденције.....	Error! Bookmark not defined.
3.2.2. Скептичке теме	Error! Bookmark not defined.
3.2.3. Скептично о скептицизму	Error! Bookmark not defined.
3.2.4. Друге теорије истине	Error! Bookmark not defined.
3.3. Кривични поступак и облици државне власти.....	Error! Bookmark not defined.
3.3.1. Организација државне власти	Error! Bookmark not defined.
3.3.2. Два типа државе и циљеви правосуђа.....	Error! Bookmark not defined.
3.3.3. Резиме.....	Error! Bookmark not defined.
3.4. Епистемичка уздржаност.....	Error! Bookmark not defined.
3.5. Социјални конструкционизам.....	Error! Bookmark not defined.
3.5.1. Порекло	Error! Bookmark not defined.
3.5.2. Основни елементи	Error! Bookmark not defined.
3.5.3. Дубље копање	Error! Bookmark not defined.
3.6. Легитимација кроз процедуру.....	Error! Bookmark not defined.
3.7. Друга ограничења у поступку.....	Error! Bookmark not defined.

3.7.1. Начело диспозиције	Error! Bookmark not defined.
3.7.2. In dubio pro reo	Error! Bookmark not defined.
3.7.3. Формалност поступка	Error! Bookmark not defined.
3.7.4. Правна сигурност	Error! Bookmark not defined.
3.7.5. Reformatio in peius	Error! Bookmark not defined.
3.8. Злоупотребе у пракси.....	Error! Bookmark not defined.
3.9. Епилог	Error! Bookmark not defined.

VI. ПРАВДА У НАШЕМ ДОБУ: ПЛИТКИ ТЕМЕЉИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА**ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.**

1. ПРАВНА АКУЛТУРАЦИЈА: ДОМЕТИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.**
2. ВИШЕ ОД ПРОЦЕДУРЕ
3. ПРОБЛЕМ ПОЧЕТКА

VII. ИСХОД.....**ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.**

I. УВОД

С овим радом узели смо на себе крупан задатак. Он треба, да парафразирамо Бекона, да установи *истинита упутства за изучавање кривичног поступка*. Одакле подстрек за овако велике циљеве? Пре свега, у изазову одупирања англофилији која се у наше време раширила континенталном кривичнопроцесном науком. У том процесу тоталног преображаја мешовитог кривичног поступка могуће је препознати синхронизовано деловање два опречна вектора: један је у повођењу за решењима из англо-америчке процесне традиције, а други у дезинтеграцији традиционалних образаца континенталног поступка. Вулгарним спаривањем инквизиторских и акузаторских процесних облика настале су разне хибридне форме а основна процесна начела доведена у питање. Али, како се заштитити од свеколиког метежа и сачувати привилегију расуђивања неутралног посматрача? Јер, „кад ветри пучину разривају“ – хвали Лукреције посматрање – „са копна туђу муку гледати слатко је – не што патња ичија у нама радост буди; но је слатко видети зло које смо избегли.“¹ Тешкоћа је, дакле, утврдити полазну тачку. Но, други покретач нашег подухвата уједно је и Лукрецијево чврсто тле. То је веровање у тачност Аристотеловог учења да “већ мале грешке у начелима доводе до оних крупних у коначним изводима.”²

Погодивши основне постулате мешовитог кривичног поступка, егзалтација англо-америчких процесних решења неизбежно је актуелизовала полемику о питању прикладности страначког и службеног извођења доказа као инструмента за постизање тачног резултата (истине). У бити, ради се о судару два супротстављена концепта: једног, који предност даје процедуралној праведности (англо-амерички поступак) и другог, који фаворизује исправност резултата у меритуму (мешовити поступак). Према томе, *предмет овог истраживања јесу домети напред означене правне акултурације, посматране са*

¹ Лукреције, цитирано према Х. Арент, *Живот духа*, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 167.

² Т. Аквински, *Биће и суштина*, Дерета, Београд, 2010, стр. 5.

аспекта процеса утврђивања чињеничног стања потребног за одлучивање. Или исказано у упитном облику: *може ли се кривични поступак оправдати само из процесне перспективе – начином на који се одлуке доносе, независно од материјалног права тј. онога што одлуке садрже?*

Тражење решења постављеног проблема изискује мултидисциплинарни приступ. Већ и питање из наслова рада открива упућеност на социологију, филозофију и друге хуманистичке науке. То није мала препрека. Интелектуални токови не теку у савршеној изолацији већ, преливајући се, утичу један на други, баш као течност у Архимедовим посудама. А опора је истина да расправе о знању (којима доминирају питања разумевања, концептуализације, применљивости, итд.), феноменологији или моралу, па на крају крајева, и о истини и правди, за највећи део правне науке представљају запечаћену књигу. Другим речима, стереотип о традиционалној незграпности правника који се крећу просторима филозофије и социологије вреди и данас, и та је незграпност несразмерно велика у односу на обрнуту ситуацију (кад филозофи и социолози крену да походе право). Овај рад је одважан покушај да се то промени. На том несигурном путу бодре нас Монтеѕкјеове речи: „Када сам видео оно што су толики великани у Француској, Енглеској и Немачкој написали пре мене, био сам задивљен, али нисам губио храброст. 'И ја сам сликар', рекох себи заједно с Коређом.“³

Тема је актуелна јер обрађује појаве које се могу посматрати *in vivo*. Протежирање решења англо-америчке провенијенције уздрмало је саме темеље великог континенталноевропског кривичнопроцесног здања и нарушило безбрижни континуитет традиције. У таквим околностима проучавање тенденција развоја савременог кривичног поступка и њихових узрока није само изазов, него и потреба, у извесном смислу и нужност, особито кад се има у виду да је подручје кривичног процесног права током историје претворено у један од симбола националног суверенитета.

Образложењем значаја и актуелности рада наговештено је његово друштвено и научно оправдање. Треба знати, као што каже и Луман у трећем поглављу „Легитимације кроз процедуру“, да је судски поступак социјални систем.⁴ Поред тога,

³ Ш. Монтеѕкје, *О духу закона*, Завод за уџбенике, Београд, 2011, стр. 7.

⁴ Видети Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 51-61.

кроз њега се остварује државна функција јавног кажњавања и обезбеђује ауторитет одлука којима се отклања неизвесност међу члановима друштвене заједнице. Но, кривични поступак није само слика репресивних друштвених мера у борби против криминалитета, него и одблесак општих друштвених прилика. Такав значај представља *karte blanche* за помно праћење и најситнијих промена, а камоли оних којим се из корена мењају основни елементи процесне културе: схватања о циљу кривичног поступка и идеји правичности, схватања протагониста о њиховим улогама у поступку и др.

Континенталноевропски реформатори углавном нису узели у обзир да допадљивост којом правна решења маме у домицилном правном систему није јемство њиховог успешног функционисања у земљама дестинације. Другим речима, заборавили су лекцију из наслова монументалног Монтескјеовог дела: „О односу у којем закони морају да стоје према уређењу сваке владавине, обичајима, поднебљу, религији, трговини итд.“⁵ Ни јуриспруденција се није темељније бавила узроцима, последицама и могућностима текуће правне акултурације. Пошто су, дакле, такве анализе изостале, а у науци не важи, као у свакодневном животу, пословица да „учињеном послу нема мане“, педантно и објективно сагледавање извршених промена вишеструко је корисно. Тим пре што кривични поступак није статична категорија, него структура која се мења, због чега ће од степена успеха научног елаборирања минулих промена у великој мери зависити будући развој кривичног процесног права. У том се контексту питање утицаја промена на први и најобимнији задатак судова – да се правилно формира чињенична ситуација – појављује као једно од најважнијих.

Циљеви рада детерминисани су напред описаним друштвеним и научним значајем изабране теме. Два су прагматична циља: утицање на будуће законодавне активности и упознавање стручне јавности са читавим низом проблема савременог кривичног поступка у области утврђивања чињеница. Научни циљ рада усмерен је на изналажење одговора на питање формулисано у проблему истраживања: да ли је и у којој мери оправдано протежирање кривичнопроцесних форми којима тачност утврђених чињеница није примарна тежња? Достизање овог циља одвијаће се на три нивоа сазнавања: 1) дескрипцијом – објективним и потпуним описивањем појава и процеса који

⁵ Ш. Монтескје, *op.cit.*, стр. 3.

утичу на остварење задатка да се чињенице у поступку правилно утврде, 2) експланацијом – објашњавањем везе између појединих процесних облика и остварења тежњи да се чињенице у поступку верно репродукују и 3) прогнозом – предвиђањем последица увођења нових процесних облика на процес сазнавања чињеница из прошлости које су предмет утврђивања у кривичном поступку.

У том послу служићемо се методима карактеристичним за друштвене науке. Планира се употреба општенаучних метода (метод опажања, метод описивања, метод научног објашњења) и посебних метода који одговарају предмету и циљевима истраживања, попут метода анализе – синтезе, индукције – дедукције, конкретизације – генерализације, с посебним акцентом на анализу садржаја, генетичку анализу, каузалну анализу, дескриптивну и структурно-функционалну анализу. Пошто је тема по својој природи правна, нужно је коришћење нормативног метода.

Важно оруђе представљаће компаративни и историјски метод. С обзиром на чињеницу да је велика реформа захватила велики број земаља, као и околност да се она по садржају и опсегу разликовала од земље до земље, неизоставно је коришћење упоредноправног метода, јер се само на тај начин могу сагледати прави ефекти велике обнове континенталног кривичног поступка. Први корак ка разумевању савремених процесних облика јесте откривање одакле потичу. Настанак и еволуција многих процесних форми детерминисани су друштвено-економским приликама у којима су се развијали, због чега се опсервацији нових решења не може приступити без познавања културне климе из које потичу и историјских прилика које су их изнедриле. Тек са упознавањем генезе њиховог настанка може се сагледавати актуелна теоријска оправданост и предвидети евентуални практични успеси.

Као логичан одговор на питања формулисана приликом одређивања проблема истраживања постављене су две основне хипотезе:

1) Теоријско схватање које легитимитет одлучивања у кривичном поступку црпи искључиво из процедуралне коректности тј. начина на који се одлуке доносе, независно од њихове исправности у меритуму, има плитке темеље; и

2) Потискивање начела тражења истине у кривичном поступку рефлексија је савремених кретања у друштвеним и хуманистичким наукама, пре свега у филозофији, социологији и психологији.

Из њих су изведене следеће посебне хипотезе :

- Одрицање од начела тражења истине предуслов је за јачање елемената диспозитивности и акузаторности у кривичном поступку;

- Правилно утврђивање чињеничног стања потребног за одлучивање изгубило је (и у континенталном кривичном поступку) значај основног и најважнијег задатка суда;

- Кривичнопроцесне форме увек представљају рефлексију дате историјско-политичке ситуације због чега се сваки кривични поступак, по својим интенцијама и начину решавања проблема показује као дете свог времена;

- Одговором на питање ко су субјекти утврђивања чињеница у кривичном поступку у великој су мери детерминисани циљеви, устројство, па и сама природа кривичног поступка.

Резултати овог истраживања могу донети друштвену корист (прагматични циљеви) и проширити хоризонте кривичнопроцесне науке (научни циљеви).

Изучавање узрока, феноменологије и импликација потпуне промене континенталноевропског процесног обрасца може бити од користи и законодавцу и органима кривичног правосуђа. Првонаведеном, тако што ће му помоћи у стварању модела суђења на којем се легитимно може темељити право државе на кажњавање. Овим другима, тако што ће олакшати да се уживе у нове процесне улоге и овладају новим формама поступања.

Доктринарно изучавање судара два супростављена процесна концепта треба да пружи одговор какво чињенично стање је валидна основа за правилно одлучивање о кривичној ствари – чињенично стање засновано на начелу тражења истине или чињенично

стање које се конструише у праведно спроведеном поступку. У вези с тим, на теоријском плану се очекују следећи резултати:

1) Истраживање, пре свега, треба да објасни узроке актуелних тенденција у обликовању кривичног поступка, особито дисолуције начела тражења истине и тријумфа права на правично суђење као стожерног начела модерног кривичног процеса. Осим тога, оно треба и да одреди место и утврди вредност начела тражења истине у савременом кривичном поступку.

2) Егзегезом настанка доминантних процесних облика, истраживање треба да објасни њихов данашњи изглед, циљеве и сврху, као и да открије темеље на којима почива модерни кривични поступак.

3) Такође, оно треба да допринесе правилном тумачењу кривичнопроцесних установа и принципа везаних за утврђивање чињеница у кривичном поступку, али и правилнијој примени процесних норми у пракси.

4) На крају, као резултат истраживања очекује се прецизан доктринарни одговор на централно питање – да ли се легитимитет одлука у кривичном поступку може обезбедити само *процедуралном коректношћу*, независно од *тачности исхода* тј. исправности одлука у меритуму.

Наш аподиктичан поход биће изведен у шест поглавља. Прва глава, у чијем се наслову крије помало иронична алузија на Беконову *велику обнову* научног знања, започиње с инвентаром извршених промена. У њеном средишњем делу развија се теза да се последњи узроци темељне рестаурације мешовитог поступка налазе изван координата науке кривичног процесног права. Поглавље се завршава проналажењем жижне тачке у мешању инквизиторских и акузаторских процесних форми и суптилном диференцијацијом питања на која треба пронаћи одговоре. У другој се глави, посвећеној феномену „оживљавања стварности у кривичном поступку“, на старе расправе о проблему утврђивања чињеница у кривичном поступку баца ново светло. Главна теза овог дела рада јесте да од одговора на питање ко су субјекти утврђивања чињеница у кривичном поступку директно зависе како судбина концепције по којој је процедура трагање за истином, тако и могућности моделирања поступка као спора странака. Трећа глава се бави

генеалогijом доминантних кривичнопроцесних облика. Нит коју ћемо овде следити јесте заборављено упутство из наслова Монтеѕкјеовог главног дела. Разлог томе смо већ навели: први корак ка разумевању савремених процесних облика јесте откривање одакле потичу. Четврта глава садржи темељну анализу „првих принципа“, начела на којима почивају два антагонистичка кривичнопроцесна обрасца. Први њен део посвећен је деконструкцији *права на правично суђење* и откривању његове праве суштине. Други, који је најобимнији сегмент рада, бави се апоријама *начела тражења истине* (пре свега кроз идеје социјалног конструкционизма и епистемичке уздржаности), а завршава се својеврсном ревитализацијом овог принципа. У петом и најважнијем поглављу, биће положени „дубоки темељи кривичног поступка“. Они су изливени од идеје да *кривични поступак покреће воља за правдом*. Напокон, шеста глава доноси исход који је саткан у пирамиду аксиома, јер смо по угледу на Спинозу, као и пре њега Декарта, убеђени да мишљење не може бити егзактно докле год није изражено у математичким облицима. Верујемо да ћемо тиме закључцима дати језгровитост и еуклидску јасноћу.

II. ВЕЛИКА ОБНОВА КОНТИНЕНТАЛНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

1. Постављање дијагнозе

Актуелно раздобље развоја континенталноевропског кривичног поступка обележено је многобројним и дубоким променама. „Старо прође, гле, све ново постаде“ – тако би се најкраће и са једва нешто претеривања могао описати један од најдраматичнијих преображаја континенталне кривичне процедуре. Даље удубљивање, међутим, показује да би овај језгровити опис могао послужити тек као обавештење недовољно упућеном посматрачу. Онима мање површнима убрзо би постало јасно да алузија на Нови Јерусалим није сасвим подесна, чак ни у чисто метафоричком смислу, будући да је темељном рестаурацијом мешовитог кривичног поступка само потврђен општи закон иновација.⁶ Јер, савршену замену за истрошене принципе „староевропског“⁷ поступка континенталноевропски су реформатори препознали у већ постојећим процесним решењима, однегованим у другој, англо-америчкој правној традицији. Стога се са доста основа може констатовати да је повођење за англоамеричким правним узорима данас толико у моди да је одржавање другачијих убеђења прави Херкулесов подвиг. Да је заиста тако, потврђује стање у највећем делу кривичнопроцесне науке, углавном конформистички оријентисане, у којој се наведена тенденција еуфемистички означава као „конвергенција два велика правна система“. Реч је, дакако, о перспективистичкој обмани. Историјска је стварност да се ради о једном изразито једносмерном процесу: англосаске процесне идеје натопиле су тло континенталног правног подручја и подриле саме темеље великог европског кривичнопроцесног здања. Или казано Хомеровим песничким језиком, те се идеје европским континетом данас шире као пожар у сувој боровој шуми.

⁶ Код свих друштава, осим малог броја у прошлости који је био потпуно изолован, велики део или главнина неке нове технологије нису плод локалног изума него су позајмљени од других друштава.

⁷ Израз који Никлас Луман употребљава за језгровито означавање онога што је безнадежно застарело и превазиђено.

У романтичарској занесености англоамеричким узорима континентално-европски су „конвертити“ израђен шиљак своје критике првенствено усмерили на једну од најважнијих манифестација начела тражења истине – истражну максиму. Наведена максима, оличена у овлашћењу суда да независно од предлога странака прикупља доказе и утврђује чињенице које сматра потребним за доношење исправне одлуке, чинила је срце и душу судске истраге, а снажно је пулсирала – пре свега кроз одговорност суда за правилно утврђено чињенично стање – и у главном стадијуму мешовитог поступка. То нас неизоставно води до закључка да жижну тачку овог процесноправног прозелитизма представља проблем начела тражења истине. О успеху преобраћења сведочи ново устројство главне расправе, чији ток сада све више меандрира ка пенушавом извору англоамеричких процесних идеја.

Тешко је дати потпун портрет ове процесне реформе, тим пре што при посматрању тог кључалог мора промена стално морамо имати на уму да појавни облици стварности никада нису толико јасни као рубрике под које ми, ради уредне систематизације, хоћемо да их подведемо. Прва ствар на коју се спотичемо јесте спознаја да процес трансформације националних кривичних поступака није био униформан, нити је талас реформације једнако запљуснуо све земље континенталне правне традиције. Осим тога, државе које пратимо нису у реку реформе закорачиле са исте тачке у свом историјском кретању. Напротив, међу њима су постојале драстичне разлике у економско-политичком уређењу, доминатним културним обрасцима и другим сегментима друштвене стварности. Зато евидентирање промена од државе до државе, макар само и фактографско, овде није од помоћи: својим обимом и једноличношћу још би више замаглило перспективу. Иста је ствар и са методом записивања измена којима су погођене поједине фазе кривичног поступка, пре свега претходни поступак и главна расправа. Јер, тај би задатак убрзо почео личити на посао митских картографа из Борхесове приче, од којих је стално тражено да израде што тачнију мапу, све док најзад нису направили карту једнаке величине као и територија која је мапирана. Пошто за такав приступ овде нема места, нити нас он привлачи, приказ ћемо сузити на извесна типична обележја која ће нам омогућити да ову сложену појаву осетимо и сагледамо у њеној укупности.

2. Извештаји са фронта

Пример Италије. С почетка двадесет и првог века као добре осматрачнице можемо констатовати да је у напред наведеном смислу најрадикалнији заокрет учинила Италија, уносећи у тој мери у свој кривичноправни систем англоамеричка процесна правила да се укоренило схватање да је ова земља напустила континентално процесно наслеђе и зачела својеврсну варијанту акузаторског поступка.⁸ Недостатке дотадашње, претежно инквизиторске процедуре, Италијани су одлучили да отклоне потпуно новим поступком, концепцијски утемељеним на акузаторском процесном моделу. То је, између осталог, подразумевало пуну афирмацију начела контрадикторности и, у складу с тим, инсистирање на усменој методи, равноправности странака, раздвајању процесних стадијума и „непропустљивости“ главне расправе за материјал из претходног поступка. Истрага је, сагласно прихваћеној парадигми, страначки обликована. Усвојени концепт, који ћемо сликовито окарактерисати као бифлоран, афирмише паралелну потрагу за доказима. Јавни тужилац (*publico ministero*), уз асистенцију судске полиције (*policia giudiziaria*), предузима претходна истраживања неопходна за вршење кривичног прогона. Но, доследно логици страначког поступка, и одбрани је дозвољено да самостално прикупља доказе, чиме је отворена могућност приватних истрага карактеристичних за англо-амерички кривични поступак. Тако је и бранилац постао истражитељ (*difensore - istruttore*). Њему је, поред осталог, дато да испитује особе за које је вероватно да имају сазнања о делу и да, на основу судијине дозволе, улази у одређене просторе. Тако прикупљени докази формирају браниочев спис (*in fasciolo del difensore*). Претходна истраживања се по правилу закључују са једним од два захтева: за архивирање (обуставу истраге) или за упућивање на суђење. Пре подношења потоњег, јавни тужилац је дужан да окривљеног и браниоца обавести о завршетку претходног истраживања и у кратким цртама извести о његовим резултатима, посебно апострофирајући право одбране на прегледање и копирање тужиоцевог списка. У напред скицираној истрази нашло се место и за судију за претходно испитивање. Он, међутим, није истражни орган него у првом реду гарант људских права и слобода, што значи да је њему поверено доношење одлука којима се ограничавају поједина људска права (притвор, претресање и сл.). Поред тога, овај

⁸ М. Дамашка, *Судбина англо-америчких процесних идеја у Италији*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр.1/2006, стр.4.

судија има и друга овлашћења и дужности: спроводи доказно рочиште и посебне поступке, верификује нагодбу странака (*il patteggiamento*) и заказује расправу. Новом процедуром конституисано је и *претходно судско рочиште*, које у англо-америчком типу поступка чини карактеристичан прелаз између истраге и главне расправе. Сврха овог рочишта, организованог у виду седнице већа на којој је присуство јавног тужиоца и браниоца обавезно, јесте спречавање да се окривљени изводе на суд на бази недовољно утемељених оптужница. Сходно томе, његов епилог добија један од два могућа појавна облика: изриче се пресуда којом се утврђује да нема места даљем поступању или се доноси налог којим се одређује суђење. Упечатљиво обележје италијанског поступка представљају убрзана или поједностављена поступања која се појављују у пет основних облика: скраћено суђење (*giudizio abbreviato*), убрзано суђење (*giudizio direttissimo*), непосредно суђење (*giudizio immediato*), поступање по налогу (*procedimento per decreto*) и изрицање казне на захтев странака (*applicazione della pena su richiesta delle parti* или колоквијално *patteggiamento*). Увођење страначки обликованог поступка донело је уклањање суда из епицентра збивања на главној расправи и дислоцирање тежишта процесних активности у подручје деловања странака. Дакле, централни стадијум је прављен по слици адверзијалне главне расправе, са одвојеним извођењем доказа оптужбе и одбране, као и директним и унакрсним испитивањем сведока. У италијанској верзији англоамеричког поступка судија је, додуше, задржао право да поставља питања сведоцима и одреди спровођење нових доказних средстава, али су ова овлашћења у значајној мери сужена јер случајеви у којима се докази изводе по службеној дужности представљају законом таксативно предвиђене изузетке који се не могу проширивати аналогично. Будући да *magna cartu* адверзијалног поступка предствала правило да се пресуда сме темељити само на чињеницама и доказима који су изнети у централном стадијуму, главна расправа се настоји учинити што непропуснијом за материјал из претходног поступка. Архитекта италијанског поступка је, сходно томе, дужну пажњу посветио правилима о „осиромашењу списка“ чији је циљ отклањање утицаја резултата претходног поступка на расправни суд. Међутим, процесни механизми којима су постављене препреке употреби доказног материјала из претходног поступка на главној расправи, били су узрок снажног конфликта између законодавца и суда. Врло кратко након промоције новог поступка тамошњи Уставни суд је својим деловањем направио непоправљиву рупу у брани

постављеној између претходног истраживања и расправе. То је започето изузимањем сведочења полицијских службеника од забране употребе сведока по чувењу, затим настављено признавањем доказне ваљаности изјава саоптужених датих изван главне расправе (а који на расправи користе благодат ускраћивања исказа) и коначно довршено дерогирањем одредбе да се ранији исказ сведока, противречен исказу на расправи, може употребити само за оцењивање његове веродостојности, али не и у меритуму.⁹ Ове „субверзивне“ активности Уставног суда праћене су честим законским новелама, да би на крају период снажних трзавица био окончан променом самог устава. О тој напетости биће више речи доцније.

Акцент на ефикасности. Процес моделирања кривичног поступка једва да је нешто више од перманентног сукоба између привржености принципима и снажног порива за прагматизмом. Спорост је један од најстаријих приговора судском поступку и његова хронична бољка. Одгођена правда – верује се – ускраћена је правда. Овај проблем је особито изражен у савременом добу којим доминирају два повезана кретања: вртоглав технолошки напредак и глобализација. Већ и површан преглед стручне литературе указује да у актуелним расправама о кривичном правосуђу преовладава став да оно не испуњава очекивања која савремено друштво пред њега поставља. Узроци све израженије нефункционалности траже се, између осталог, и у организацији кривичног поступка, при чему у први план избијају захтеви ефикасности и економичности. Иако ова тенденција није нова, ипак прогресивно редуковање права на питање пуке ефикасности представља значајну новину, поготово кад се има у виду да је у последња два века развоја права ефикасност била у сенци важности права, која се сматрала његовим главним обележјем. Данас се ствар окренула па је ефикасност приоритет, док „важност, оно по чему се модерно право препознаје, ишчезава и постаје предмет расправе у правним уџбеницима као реликт прошлости сличне природном праву“.¹⁰ Сместимо ли се на тренутак у комотну позицију староримског судије који је, бринући се за своју савест, могао отклонити пружање заштите кад му ствар није била довољно чињенично јасна, врло брзо ћемо увидети да је положај данашњег суда детерминисан деловањем потпуно другачијих

⁹ М. Дамашка, *Судбина англо-америчких процесних идеја у Италији*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр.1/2006, стр. 9-10.

¹⁰ К. Дузинас, *Људска права и империја – политичка филозофија космополитизма*, Службени гласник, Београд, 2009, стр.173.

чинилица. Технолошка револуција омогућила је згушњавање крупних промена у друштвеним односима у кратак временски период и драстично увећала њихову комплексност. У судском је поступку то индуковало израженију потребу да се правоснажном пресудом успостави неповредива база за даљи развој друштвено-економских односа (*правна сигурност*). Слично дејство имају и лимитиране финансијске могућности: нека истраживања у САД су показала да би вођењем редовног поступка у сваком предмету правосуђе банкротирало.¹¹ Зато се данас, за разлику од прошлих времена, при моделирању кривичног поступка и избору процесних форми води рачуна и о економским ефектима.

Једну консеквенцу описаних притисака представља продубљена процесна диференцијација. Уверљиво је објашњење да је модерни правни систем, да би могао остати способан за функционисање у условима друштва које је постало прекомерно комплексно, принуђен да увећава сопствену комплексност.¹² Зато се и судски поступак непрекидно диференцира како би својом већом разноликошћу могао боље одговорити све већој разноврсности односа које треба регулисати у глобалном индустријском друштву. У ствари, ради се о томе да се сада и у структури кривичног поступка јасно читава оно што је много раније дошло до изражаја у другим сегментима друштвене стварности. Давно је примећено да велика друштва не могу опстати на дужи период ако подстичу искључиво униформност. Још је Диркем указивао да само веома једноставна друштва, као она примитивних народа, могу функционисати на основу хомогености и униформности.¹³ Јер, „што је сложенија подела друштвеног рада“ – констатује Манхајм – „то је већа потреба за диференцијацијом типова. Интеграција и јединство великог друштва не постижу се униформним понашањем већ кроз узајамну комплементарност функција.“¹⁴ Зато је умножавање поједностављених процесних форми тренд који се може очекивати и у будућности. Симплификовани начин поступања почивају на принципу „једноставно за једноставно“, што значи да су једноставност чињеничног стања, довољност доказне грађе и фланграатност основни критеријуми њиховог креирања. На крају можемо констатовати

¹¹ М. Дамашка, *Доказно право у казеном поступку: описи нових тенденција*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2001, стр.6.

¹² Н. Луман, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, погл.15, цитирано према О. Хефе, *Правда - Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад, 2008, стр. 37.

¹³ Е. Диркем, *О подели друштвеног рада*, Просвета, Београд, 1972, стр. 162.

¹⁴ К. Манхајм, *Дијагноза нашег времена*, Mediterran publishing, Нови Сад, 2009, стр. 21.

1) да плуралитет упрошћених процесних форми изискују пре свега прагматични разлози и
2) да се неспорне вредности разуђене процесне диференцијације морају посматрати у контексту чињенице да она по правилу подразумева одступања од фундаменталних начела кривичног поступка.

Страначке нагодбе. Споразум о признању кривице једна је од форми консесуалног поступања која у последње време расте као добро заливана ружа. Зато ћемо се овом симболу англо-америчког поступка током наредних разматрања враћати више пута. На овом месту пажња ће бити усмерена на један илустративан детаљ везан за пенетрацију овог процесног облика у немачки судски поступак. Наиме, нагодбе су се у праксу немачких судова „ушуњале“ знатно пре него што су добиле институционално рухо. Када је неформално договарање постало толико раширено да се више није могло игнорисати, овој појави је удахнут легитимитет, најпре одлуком Савезног врховног суда (1999), а потом и Законом о регулисању споразумевања у кривичном поступку (2009). Напред споменута пракса имала је једно ексцентрично обележје, које се огледало у честом упливу суда у процес постизања нагодбе међу странкама. Штавише, иницијатива је често потицала баш од суда, а нарочито саблажњава то што почетно „флертовање“ није нужно водило до тространог процесног односа него су се преговори о концесијама неретко окончавали само између суда и окривљеног. Проучивши спис, расправни судија се обраћао окривљеном нудећи му блажу казну под условом да на расправи положи признање. Својеврсни је парадокс да је описана појава забележена у Немачкој, у којој је неприкосновено владао императив да се пресуда у кривичном поступку може изрећи само на темељу јавне, непосредне и контрадикторно спроведене главне расправе, инициране оптужним актом подигнутим у складу с начелом легалитета кривичног гоњења, на којој је суд утврдио истину о кривици или невиности окривљеног.¹⁵

Начело опортунитета. Начело опортунитета је један од принципа организовања кривичне тужбе. Ово начело решава питање облигаторности кривичног гоњења тако што обавезује јавног тужиоца да функцију кривичног гоњења врши уколико су испуњени законски услови за покретање кривичног поступка и уколико је то, према

¹⁵ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига : Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 90.

његовој дискреционој оцени, целисходно са становишта јавног интереса.¹⁶ Други начин организовања кривичног гоњења почива на начелу легалитета, које јавног тужиоца обавезује да гоњење предузме увек када постоје стварни и правни услови за покретање поступка. Као темељни принципи организовања кривичне тужбе ова су два начела, као што се види, у антиподном односу. Међутим, у новијој историји кривичног поступка начело опортунитета је захваљујући својој еластичнијој садржини еволуирало, преобразивши се у системима кривичног гоњења заснованих на начелу легалитета у принцип корективног и комплементарног карактера у односу на начело легалитета.¹⁷ Према томе, интеракција двају начела није уравнотежена: одликује је ерозија начела легалитета и томе сразмерна експанзија некада супротног принципа. Тако је тренд сужавања подручја примене начела легалитета одлика готово свих реформи процесног законодавства спроведених у европским земљама у последњих неколико деценија. У широкој примени принципа опортунитета пронађен је добар механизам за селекцију случајева које је на самом почетку поступка могуће елиминисати из судског процеса и тиме допринети растерећењу судских органа од предмета багателног значаја. Може се прихватити да је такво начело опортунитета у суштини један “диверзиони модел, проткан идејама консесуалне и ресторативне правде, чија је сврха рационализација кривичног поступка.”¹⁸ Овако схваћено, начело опортунитета се у потпуности подудару са општим трендом у савременим законодавствима који карактеришу напори у правцу продубљене диференцијације судског поступка условљени, пре свега, проблемом преоптерећења кривичног правосуђа и променама у обиму и структури криминалитета.

У изнетом се контексту као репрезентативан опет намеће пример немачког законодавства, у којем се са ограничавањем владајућег начела легалитета отишло тако далеко да је тешко одредити шта је правило а шта изузетак. Прогресију опортунитетског гоњења одликује стално повећавање броја ситуација које дозвољавају процену целисходности гоњења, а самим тим и пораст броја његових појавних облика од којих су најчешћи *непредузимање кривичног гоњења за багателна кривична дела и услови*

¹⁶ Видети Д. Радуловић, *Кривично процесно право*, Универзитет Црне Горе, Правни факултет, Подгорица, 2009, стр. 56.

¹⁷ В. Ђурђић, *Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења* у Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 20.

¹⁸ *Ibid.*, стр. 28.

(привремени) одустанак од кривичног гоњења. Уобичајено је да се уступци начелу опортунитета најпре чине у сфери багателног криминалитета. То су она дела код којих потреба за казном не постоји због незнатности или одсутности штетних последица и ниског степена кривице. Додатни услов тиче се одсуства јавног интереса који се може огледати у разлозима специјалне и генералне превенције, потреби расветљавања криминогене позадине конкретног дела, заинтересованости заједнице за то дело и сл. У основи условног одустанка од кривичног гоњења лежи идеја да се у сфери ситног криминалитета скретањем кривичног поступка смањи притисак на судове како би се могли бавити „тежим“ предметима. За његову реализацију најчешће се захтева а) да су у питању лакша кривична дела, б) низак степен кривице, в) одсуство интереса за гоњење због спремности окривљеног да изврши одређене налоге и обавезе, г) да окривљени изврши преузете обавезе (санирање проузроковане штете, извршавање обавезе издржавања, обављање одређених опште корисних дела и сл.) и д) сагласност, најчешће оштећеног или вишег тужиоца, а каткад и суда. Поступак се обуставља најпре привремено, издавањем обавеза и налога, а потом и коначно, њиховим испуњавањем. До примене начела опортунитета може доћи и у случају када су испуњене претпоставке под којима суд може ослободити окривљеног од казне. Даље, немачки јавни тужилац може одустати од гоњења већ осуђеног лица ако се ради о безначајном делу а запређена казна чини сувишним поновно кажњавање. Поред тога, у два случаја постоји могућност да се одустане од гоњења лица која се налазе на издржавању казне затвора: а) када је очекивана казна без значаја поред већ постојеће казне, изречене због извршења другог кривичног дела и б) када се окончање кривичног поступка не очекује у примереном року а казна која је изречена или се очекује због извршења другог кривичног дела има довољан утицај на окривљеног односно заштиту јавног интереса.

Дифузно дејство ове установе најбољи је пример потребе односно покушаја да се структура кривичног поступка адаптира све комплекснијим друштвеним условима. Фаворизовање опортунитетског гоњења има, дакако, своје опоненте. Не упуштајући се овде у одмеравање *pro et contra* аргумената, само ћемо констатовати евидентну чињеницу да је интезивна експлоатација овог диверзионог облика део ширег процеса дезинтеграције „староевропског“ кривичнопроцесног образаца.

Претходни поступак. Крупне промене забележене су и у организацији претходног поступка. Оно што је на нормативном плану тек наговештавано процесна стварност је афирмисала у потпуности, претварајући судску истрагу у најупадљивију карактеристику мешовитог кривичног поступка. Томе су на првом месту допринела настојања да се већ у овој етапи процеса темељно, методички и објективно прикупе докази о чињеницама важним за одлучивање о кривичној ствари.¹⁹ Наведене су аспирације неизоставно појачавале инквизиторску компоненту претходног поступка, примарно испољавану кроз овлашћење суда да независно од предлога странака прикупља доказе које сматра потребним за решавање кривичне ствари. У систему у којем се дужност суда да по сопственој иницијативи сабира доказе подразумева, елементи акузаторности појављују се тек у рудиментарном облику а читавају се у формалној раздеоци процесних функција, као и праву странака да присуствују истражним радњама, предлажу доказе и разматрају списе предмета. Пошто истрагу спроводи суд она је интегрални део судског кривичног поступка, што њеним резултатима обезбеђује респектабилан кредибилитет на главној расправи. Услед тога се често дешавало да главна расправа, која је формално централни део кривичног поступка у којем би до пуног изражаја требала долазити најважнија процесна начела (контрадикторности, непосредности, усмености и јавности), у пракси буде деградирана на просту проверу резултата истраге. Када се обележја судске истраге овако послажу, постаје јасније зашто се из англо-америчке процесне перспективе читав мешовити кривични поступак не показује друкчије него као једнострана судска истрага.

Опште је уверење да су се структурални проблеми мешовитог кривичног поступка најрељефније испољили у организацији претходног поступка.²⁰ Основну слабост судске истраге представља недовршена диференцијација процесних улога која је створила пасивног тужиоца (што је инкомпатибилно његовој процесној улози и самој природи истраге) и инертног судију (чији је рад углавном кабинетски а он сам без оперативно применљивих криминалистичких знања). Тешко је на једном месту сабрати све примедбе које се стављају на рачун овако конципираног претходног поступка. Готово је једнодушна

¹⁹ М. Дамашка, *О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, 2/1997, стр.384.

²⁰ Д. Крапац, *Савремени претходни кривични поступак: настанак и главне значајке*, НЗ, 2-3/89, стр.288.

оцена да је судска истрага јалова и да се њоме генерише непотребно понављање доказа у поступку,²¹ да је анахрона компаративном кривичнопроцесном законодавству и међународном кривичном праву,²² те да се кроз њу истражном судији имплиците намеће функција кривичног гоњења и на њега премешта одговорност за успех тог гоњења²³ због чега је она, у ствари, само једна врста мимикрије која служи да се углавном полицијски докази заодену потребном формом.²⁴ Истиче се још да је пракса потврдила да истражни судија готово никад не спроводи процесне радње у корист окривљеног, а да скоро увек усваја предлоге јавног тужиоца усмерене на ограничавање права и слобода окривљеног,²⁵ чиме се непристрасност суда озбиљно доводи у питање. Ово последње има везе са основном слабашћу унилатералне методе утврђивања чињеница којом се пред истражитеља стављају непремостиве психолошке препреке будући да сама природа процеса истраживања захтева да онај који истражује постави одређену хипотезу о догађају који се реконструише. Свесни стерилности судске истраге, континенталноевропски реформатори су редом одустајали од таквог њеног устројства и спровођење претходног поступка поверавали јавном тужиоцу.

Јавнотужилачкој истрази се у структури кривичне процедуре даје другачије место, а самим тим и други циљеви и сврха. Уместо циља који је од судске истраге направио информацијску кичму и карактеристичну црту целог поступка, циљ јавнотужилачке истраге се ограничава на прикупљање обавештења и доказа на темељу којих би се могла донети исправна одлука о оправданости покретања судског кривичног поступка.²⁶ Тако овај стадијум престаје бити интегрални део кривичног поступка (у ужем

²¹ С. Бејатовић, *Радна верзија Законика о кривичном поступку РС и тужилачки модел истраге*, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 2, 2010, стр. 29.

²² Д. Радуловић, *Реформа кривичног процесног законодавства Црне Горе*, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010, стр. 103.

²³ В. Ђурђић, *У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека* у Зборнику радова Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу“, Ниш, 2008, стр. 303.

²⁴ М. Шкулић, *Концепција истраге у кривичном поступку*, Ревивија за криминологију и кривично право, бр.1, 2010, стр.70.

²⁵ В. Ђурђић, *У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека* у Зборнику радова Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу“, Ниш, 2008, стр. 305.

²⁶ В. Ђурђић, *Рedefинисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010*, Ревивија за криминологију и кривично право, бр.2, 2010, стр. 8.

смислу) и преображава се у једну врсту административног поступка од чијих резултата зависи да ли ће тужилац свој захтев уопште упутити суду.²⁷

Предузимање доказних радњи у систему тужилачке истраге спада у искључиве прерогативе јавног тужиоца, док окривљени нема могућност да самостално изводи доказне радње. По сопственој иницијативи и ради задовољавања властитих спознајних потреба, јавни тужилац у форми службене истраге прикупља доказну грађу како би донео одлуку о подизању оптужбе.²⁸ Другим речима, наспрам јавног тужиоца који у циљу истраживања кривичних дела може доказе прикупљати и применом мера принуде, стоји окривљени који не само да ту могућност нема, него и сам може бити подвргнут таквој принуди.²⁹ То се надокнађује тиме што а) окривљени након отпочињања истраге може јавном тужиоцу предложити спровођење одређених доказних радњи и б) обавезом тужиоца да са једнаком пажњом прикупља како доказе који иду у прилог оптужби тако и оне које користе одбрани. Према томе, очигледна процесна асиметрија покушава се анулирати фикцијом о непристрасном тужиоцу који ће зарад правилног доношења одлуке водити бригу и о наводима одбране. Тужилац, дакле, није само странка већ и државни орган чији је циљ доношење правилне одлуке због чега он са једнаким сензибилитетом истражује како оптужне тако и одбрамбене хипотезе. На тај начин улога тужиоца надилази функцију кривичног прогона због чега он уопште и није странка него нека врста парастранке.³⁰ Формализам не спада у изражена обележја таквог претходног поступка. Он обично започиње са првим активностима полиције или јавног тужиоца на расветљавању кривичног дела, а сам почетак се најчешће не означава посебном одлуком. Сагласно томе не постоји никаква подела на полицијске извиде и истрагу, него се спроводи јединствени поступак претходног истраживања чији је епилог подизање оптужнице или обустављање поступка. Учешће суда се у овој фази исцрпљује с појављивањем судије за истрагу који одлучује о радњама и мерама којима се ограничавају основна људска права и слободе окривљеног, те врло рестриктивно у неким изузетним случајевима какав је, на пример, доказно рочиште. Доказне радње које предузима јавни тужилац, разумљиво, немају ни

²⁷ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – посебни део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2011, стр. 44.

²⁸ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 103.

²⁹ Ibid., стр. 26.

³⁰ С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, Munchen, 1998, стр. 88.

изблиза онакву доказну снагу какву има извођење истих радњи од стране истражног судије. Штавише, настоји се уклонити утицај радњи претходног поступка на расправни суд, па се пресуда сме темељити само на материјалу изворно прикупљеном на главној расправи. Уколико, пак, постоји опасност од губљења неког доказа, одређује се већ споменуто доказно рочиште чија је сврха претходно контрадикторно прикупљање доказа који ће се употребити на расправи. И рочиште за потврђивање оптужнице постаје неизбежна процесна форма у систему јавнотужилачке истраге, а њоме се настоји спречити да окривљени без основа буде оптужен и изведен пред суд.

Земље источног блока. Некадашње комунистичке државе, због заједничких специфичних обележја тамошње реформације, класификујемо као засебну целину у оквиру „велике обнове“. Две су темељне карактеристике транзиције ових кривичнопроцесних система: а) честе измене правила кривичне процедуре и б) фанатично приближавање англоамеричком акузаторском поступку.

Реформа кривичног поступка у овим земљама највећма подсећа на дно планинске реке, које се под притиском таласа сваки дан мења, па је тамо где је јуче био камен данас рупа. Ево потврде: од распада Совјетског Савеза до данас у свакој од новонасталих држава донето је најмање два кривичнопроцесна закона. Прва законодавна активност се, по правилу, односила на адаптацију постојећих закона после чега су доношени нови прописи чији је примарни циљ био дефинитивно елиминисање утицаја пређашњег совјетског права. Још илустративнији је пример Мађарске: ова земља је у реформу кривичног поступка закорачила 1994. године, да би кратко потом био донет нов закон (1998) који је редом 2001., 2002., 2003. и 2005. године адаптиран законским новелама.³¹

Напоменули смо већ да је обожавање англо-америчког поступка најраспрострањеније у друштвима некадашњег реалног социјализма. Барем у садашњем контексту, најинтересантнији општи образац унутар ове групе тиче се тежње ка адверзијалној главној расправи у њеном најчистијем облику. Отуда није чудо да *modus operandi* спроведених реформи представља значајно ширење начела акузаторности које

³¹ Б. Павишић, *Нови хрватски Закон о казненом поступку*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.2/2008, стр. 498.

постаје основни грађевински блок нових процесних система. Овај се стадијум поступка настоји обликовати као спор равноправних странака, због чега је тежиште процесних активности премештено са суда на странке. Истовремено, суд се промовише у пасивног доносиоца непристрасних одлука и јемца „правичног поступка“. Напред апострофирана законодавна хиперактивност објашњава се управо досезањем описаних циљева. Тако је у напред спомињаној Мађарској експлицитно истакнуто да је сврха честог мењања кривичне процедуре замена ранијег неосоцијалистичког неоинквизиторног система новим акузаторским кривичним поступком.³² Готово идентични су примери Хрватске и Словеније. Хрватска је 2008. године донела нови Закон о казненом поступку којим је извршена значајна реформа претходног кривичног поступка а главна расправа „још више обликована према моделу тзв. чистог акузаторског (заправо страначки или адверзијално структурираног) кривичног поступка англо-америчке традиције.“³³ Словенија је још 1994. године донела Закон о кривичном поступку који је имао наглашене елементе акузаторности. Доцније измене овог закона додају даље, и то у два различита правца: са једне стране још снажније афирмише акузаторност, с интенцијом да се суд потпуно неутрализује а утврђивање чињеница повери искључиво странкама, док се, с друге стране, уводе нови облици скраћеног и поједностављеног поступања.

Заједничку црту реформи у овим земљама представља и *одрицање* од начела тражења истине. Оно се доживљава као опаки белег мрачне прошлости, а приступа му се једнако догматски - само сада са одбојношћу. Другим речима, порицање овог начела прерасло је у већини бивших комунистичких земаља у доказ раскида са тоталитарном прошлошћу.

Стање у Србији. Изгледа да се комешања у области кривичнопроцесног законодавства у блиској прошлости могу разумети тек ако се претходно усвоји теза о кривичном поступку као одблеску општих друштвених прилика. Дакле, стање у Србији је онолико туробније колико је туробнији и шири друштвено-економски контекст. Довољно је рећи да је претходна декада обележена ретким случајем паралелног важења два

³² Б. Павишић, *Нови хрватски Закон о казненом поступку*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.2/2008, стр. 498.

³³ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, у Предговору IV издању, стр. V.

законика о кривичном поступку, од којих се новији,³⁴ онај „реформски“, никад није примењивао у пракси. У међувремену, док се на том путу „изградње ефикасног поступка усклађеног с начелом правичног поступка“³⁵ ишчекивало појављивање „суперновог“ процесног закона, приступило се променама прописа из 2001. године.³⁶ Та нова, данас важећа правила кривичне процедуре, установљена су 2011. године.³⁷ Амбиција да се унесу суштинске промене, понајвише оличене у биполарној организацији главне расправе и јавнотужилачком концепту претходног поступка, остала је, међутим, на нивоу неспретне реплике неколико међусобно антиподних узора. Тако су се домаћи реформатори показали као онај Хорацијев грнчар што је замишљао химере а правио лонце. Стратешка грешка направљена је објавом да је „кривични поступак покренут доношењем наредбе о спровођењу истраге“ (чл.7.), што је у колизији са природом сваког несудског облика истраге. Уместо да се ослобођена стега формализма примарно усмери на сабирање доказа који ће оправдати изношење случаја пред суд тј. покретање кривичног поступка, ова је варијанта јавнотужилачке истраге и сама интегрални део кривичног поступка, са формом и циљевима својственим напуштеној судској истрази. Тако се у њој и даље изводе докази који могу бити од користи за поступак и чије је извођење целисходно (чл.295.ст.2.).³⁸ Припремно рочиште, које је усмерено „ка напред“, јер се на њему пројектује ток и садржина главне расправе, у упоредном праву је углавном претходно рочиште или рочиште за потврђивање оптужнице и окренуто је „унатраг“, тј. односи се на проверу резултата тужиочевог истраживања. Према томе, ова је процедура штедро наградила тужиоца: резултати које слободно формира без провере долазе на главну расправу на којој имају потенцијалну доказну вредност (чл.406.). Уз све то, задржан је систем контроле оптужбе карактеристичан за поступак са судском истрагом. Једну патологију представља и овлашћење ванпретресног судског већа да нареди допуну или спровођење истраге (чл.337.ст.3). Пошто се истрага покреће одлуком против које није допуштен правни лек, излази да овлашћења која није имао у њеном зачињању, суд добија приликом подизања

³⁴ Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр.46/2006.

³⁵ В. Ђурђић, *У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека* у Зборнику радова Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу“, Ниш, 2008, стр. 302.

³⁶ Законик о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, бр.70/2001.

³⁷ Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр.72/2011.

³⁸ Опширније о томе В. Ђурђић, *Кохерентност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка* у „Право и друштвена стварност“, Правни факултет Приштина-Косовска Митровица, 2014, стр. 271-285.

оптужбе.³⁹Радикална промена претходног поступка није испраћена одговарајућом променом правила о посредном извођењу доказа на главној расправи. Ова је дисхармонија прегнантно изражена у поднаслову једног научног рада: „Разрушена начела непосредности и контрадикторности а уведена 'равноправност' странака“.⁴⁰Ево још једне болне противречности: протагонисти процеса сада су ослобођени баласта тражења истине али је суд, иако је доказна иницијатива на странкама, дужан да потпуно утврди чињенично стање. Међутим, билатерална метода извођења доказа искључује несавршености формираног чињеничног стања као основа за изјављивање правног лека. Ту није крај парадоксима: иако је готово лишен могућности да утиче на формирање чињеничне ситуације расправни суд је дужан да, у случају укидања првостепене одлуке, у поновном поступку предузме све радње на које је указао другостепени суд (чл.462.ст.39.). У процедури ствараној по англо-америчком узору, коме је континентални концепт начела *in dubio pro reo* непознат, ово се начело дефинише екстензивније него икада раније. Тако се оно више не примењује само на одлучне чињенице које је потребно утврдити с извесношћу, него важи у свим фазама кривичног поступка и то како за суд тако и за тужиоца.⁴¹ На крају крајева, концепцијску дезоријентисаност потврђују сами творци законика кад, признајући да у упоредном праву примењују две парадигме: једну, коју представља немачки модел кривичног поступка и другу, коју оличава италијански поступак, констатују да се „домаћи законодавац одлучио за мешовито решење.“⁴²

3. Разоткривање

Евидентно је да на узбурканом мору континенталноевропских реформи кулу светиљу представља англо-амерички модел кривичног поступка. Но, овако постављена дијагноза намеће једно радикалније питање: шта је то што Европу покреће да зида Партенон англо-америчким процесним достигнућима? Зашто су се, дакле, континентално-европски реформатори уместо за креативну еволуцију определили за бледуњавање имитације свог англо-америчког узора? Тешко је пронаћи беспрекоран одговор на ова питања. Наша

³⁹ В. Ђурђић, *Кохерентност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка* у „Право и друштвена стварност“, Правни факултет Приштина-Косовска Митровица, 2014, стр. 277.

⁴⁰ Ibid., стр. 278.

⁴¹ Видети В. Ђурђић, *Начело правичног поступка*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.3/2006, стр. 60-77.

⁴² С. Бељански, Г. Илић, М. Мајић, у Предговору Законнику о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 29.

основна теза садржана је у уверењу да се актуелне тенденције у развоју савременог кривичног поступка не могу до краја разумети унутар координата науке кривичног процесног права. Јер стварање закона, по дефиницији, само је један од политичких елемената цивилизације.⁴³ А како је целина одувек била већа него део,⁴⁴ проучавање правне компоненте цивилизације не може се (увек) одвијати изоловано, независно од система који сачињава. Потреба да се видици прошире особито је изражена у садашњим условима формирања *света као целине*, детерминисаним глобалном економском интеграцијом, културном хомогенизацијом и технолошким иновацијама. Другим речима, ми текућу трансформацију континенталноевропског кривичног поступка доживљавамо као сложен и вишедимензионалан феномен који укључује различите токове, тензије и конфликте, чије језгро није унутар науке кривичнопросеног права.

Становиште да се корени преображаја мешовитог поступка не могу тражити (једино) у нормативној супериорности изабране парадигме у извесној мери се ослања и на процесноправну реалност англо-америчког поступка. Наиме, бројне патологије страначки обликованих поступака, идентификоване и у земљама њиховог домицила, упадљиво наговештавају да трагање за узроцима свеprisутне фетишизације англоамеричких процесних решења надилази оквире кривичноправне науке. Многа од депримирајућих искустава из живота адверзијалног поступка нашла су своје место у стручној, углавном социолошкој литератури. Дакле, искуство је потврдило оно што би и без искуства требало бити јасно: биполарна процесна организација, која можда смањује неједнакост странака на нормативном плану, у пракси, с обзиром на финансијске импликације своје структуре, производи фактичку неравноправност. Наиме, окривљени који су кадри да себи приуште помоћ врхунских приватних детектива и вештака, опремљени су за „рвање“ са полицијским истражитељима. Али једнакости између оних који за то нису способни са једне и државног тужиоца, наоружаног предностима које доноси припадност државној машинерији, са друге стране, има исто онолико колико и у дитирамбу жучи. Ову процесну асиметрију богато илуструју емпиријска истраживања. Пошто велики број окривљених нема финансијских могућности да узме у службу адвоката, супститут

⁴³ В. Дјурант, *Источне цивилизације*, Народна књига, Београд, 1995, стр. 36.

⁴⁴ Алузија на чувени пример којим је Фаге пародирао Платоново дебатавање о филозофима – владарима: „Целина је већа него део? – Разуме се. – И део је мањи него целина? – Дабоме. – Зар отуда не излази јасно да филозофи имају управљати државом? – Каква је то истина? – Она је евидентна. Објаснићемо је још једаред.“

ангажману изабраног браниоца пронађен је у симболичној консултацији са јавним браниоцем која се, по правилу, своди на савет да се полицијска оптужба призна и тиме завреди блажа казна.⁴⁵ Тако се светли амблеми људских и процесних права у пракси врло лако преображавају у празне формуле. Социолози у САД проницљиво закључују да је чувено суђење О. Ј. Simpsonu, запамћено између осталог и по контроверзама везаним за избор поротника,⁴⁶ више од поделе на црну и белу Америку осенчило поделу на богате и сиромашне. Исто су мислили и Симпсонови браниоци који су у више наврата истицали да су им неограничена финансијска средства која су имали на располагању омогућила интензивно истраживање догађаја и проналажење сведока до којих се никада не би дошло у уобичајеном поступку. Посебан аспект англо-америчког поступка представља интензивна експлоатација страначких нагодби (*plea bargaining*). Развијени *plea bargaining* механизам једини је начин на који се може обезбедити очување поступка у којем одлуку доноси порота. У САД се кроз ову процесну форму апсорбује више од 90% кривичних предмета. С друге стране, прекомерна употреба претворила је ову консесуалну форму у генератор бројних аномалија у пракси и индикатор „неуротичности“ адверзијалног поступка. Једно истраживање је показало да би више од две трећине окривљених који су пристали на нагодбу у редовном поступку, да су оспорили кривицу, били ослобођени или би процес био обустављен. Неки емпиријски подаци наговештавају да се нагодба странака неретко извршава у механизам за обезбеђење осуђујућих пресуда и у случајевима где се оне, у редовном контрадикторном поступку, не би могле исходити.⁴⁷ И још егзактније: тезу да и невини оптужени склапају страначке нагодбе верификовао је раст научног знања – ДНК експертизом је до 2007. године идентификовано око две стотине таквих случајева.⁴⁸

Исписани су редови довољни да процесноправну супремацију страначки обликованог поступка елиминишу као узрок егзалтације англо-америчког узора. Јер, очигледно је да ни узор за којим се поводе „староевропски“ процесни системи није без

⁴⁵ Види S. Bogira, *Courtroom 302: A Year Behind the Scene in an American Criminal Courthouse*, Knopf, 2005.

⁴⁶ Одбрана је, наиме, инсистирала на саставу пороте у којем ће бити што више црнаца рачунајући, између осталог, и на ефекте етноцентризма. Многе касније анализе импутирале су оптужби кардиналну грешку што се томе није супротставила. Јер, анкете су показале да је црначко становништво (6 од 10 испитаника) Симпсона доживљавало као жртву полицијске „намештаљке“, док су белци (3 од 4 испитаника) углавном имали супротно мишљење.

⁴⁷ О томе ближе С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 436-454.

⁴⁸ J. Benet, *Crime Investigation*, Parragon, London, 2007, стр. 92-93.

значајних недостатака, због чега се веровање да ће се преузимањем његових решења превазићи очигледни проблеми мешовитог кривичног поступка показује једнако наивним као и веровање да позајмљена светлост може појачати првобитну светлост од које вуче порекло. Стога се у нас чврсто формирао став да своју тренутну привлачност ове процесне форме највећма дугују хегемонистичком положају који у данашњем веома интегрисаном свету ужива земља њиховог порекла. Стајалиште попут овог има своје корене и претке. Историја је много пута потврдила да војна моћ и економска снага једног друштва појачавају привлачну снагу вредности које се у њему афирмишу. Садашње прилике у доброј мери потврђују старо учење по којем је борба држава истовремено и борба правних поредака. Понирући у дубине сукоба новог са старим правом, који се одвија унутар једног система, Јелинек је сматрао да победник не само што стиче моћ да мења правни поредак побеђеног него да он то и мора учинити, без обзира да ли жели да покорене области присаједини или пак намерава да од старе државе или њених освојених делова направи нову државу. „У таквим случајевима“, закључује овај теоретичар, „сила иде одиста пре права јер се једним потезом пера може порушити цео постојећи правни поредак и на његово место поставити други. Ако данас важи наш грађански закон у Источној и Западној Прусској, у Позену и Шлезингу у Елзас-Лотарингији и Хелголанду“ - примећује на крају Јелинек – „док Аустрија, Швајцарска и Холандија имају посебно приватно право, то је последица историјских догађаја прошлог века, који су ове земље везивали с Немачком или су је раздвајали од ње.“⁴⁹

Исти је процес у основи и садашњих односа, само што се он данас одвија на начин у оној мери суптилнији у којој то омогућавају технолошка софистицираност и глобализација. За време Кратког двадесетог века⁵⁰ САД су постале највећа индустријска привреда и основна пропулзивна сила масовне производње и масовне културе које су освојиле свет. Ако је деветнаести век био британски, двадесети је био амерички. Или другим речима: ако је модернизам био европски, постмодернизам је амерички. Успостављање такве глобалне супремације резултат је истовременог деловања више услова, а пре свега убрзане глобализације и нестанка међународне равнотеже после пада

⁴⁹ Г. Јелинек, *Борба старог с новим правом*, Плато, Београд, 1998, стр.12.

⁵⁰ Синтагма коју Хобсбаум користи за означавање интервала од избијања Првог светског рата (1914) до распада СССР-а (1991).

СССР-а. Цео процес додатно је подупрт евидентном „кризом способности тзв. суверене нације – државе, која је у другој половини XX века постала универзални облик управе за становништво света. Свет је ушао у еру неадекватне државе, а у многим случајевима и државе која слаби или је ослабила.⁵¹ Са глобалном супремацијом рођена је и мегаломанска илузија о *Pax Americana*.⁵²

Ма колико се то чинило нестварним, чињеница је да „империја, империјализам и космополитизам доминирају у расправама о савременој историји и политици. Независно од тога да ли се одобрава или критикује империја је кључни организациони концепт у академским дискусијама о текућим тенденцијама.“⁵³ Виђења има различитих, а свако од њих у нечему поткрепљује нашу тезу. Према мишљењу Најала Фергусона, једног од водећих представника неоимперијалне школе, „Запад треба да прихвати своју нову цивилизацијску и стабилизујућу мисију и поштено призна да је глобализација лепша реч за империјализам коју он употребљава како би могао да своје вредности и институције намеће другима“.⁵⁴ Један од одговора на идеолошки и историјски баласт империјализма налази се у схватању хуманитарних империјалиста (робусних либерала) о неформалној империји. *Empire lite* подразумева хегемонистички центар без колонија, односно глобалну сферу утицаја без одговорности за непосредно администрирање и ризике дневне политике.⁵⁵ Пошто људска права и самоодређење не допуштају дугу окупацију неуспешних држава и зона, *Empire lite* промовише нови облик тоторства под називом „изградња нације“. „Та се идеја изражава експлицитно. Наиме, пошто окупациона сила обнови поредак и стабилизује безбедоносну ситуацију, међународне институције и невладине организације (познате као „интернационалци“) позивају се да управљају земљом и обучавају локалну елиту пристојном начину владања. Када се то једном постигне организују се избори на којима ће победити локална елита која ће, сада са пуном демократском легитимацијом, гарантовати поштовање интереса

⁵¹ Е. Хобсбаум, *Глобализација, демократија и тероризам*, Архипелаг, Београд, 2008, стр. 53.

⁵² По узору на *Pax Romana*, синтагму коју је у грандиозном делу *Опадање и промаст римског царства* први употребио Едвард Гибон, означавајући њоме период мира који је омогућио економски процват и ширење античке културе. Касније је овај концепт претворен у *Pax Britanica*, величањем периода светског мира у XIX веку, који је приписиван благотворном хегемонистичком утицају Британске империје.

⁵³ К. Дузинас, *op.cit.*, стр.195.

⁵⁴ *Ibid.*, стр. 182.

⁵⁵ Видети М. Ignatieff, *Empire Lite*, London, Vintage, 2003.

империјалног центра.“⁵⁶ На крају овог кратког прегледа треба споменути Хардово и Негријево учење. Израз „Империја“ они не употребљавају као алузију на некадашње империје Рима или Британије, већ као *концепт* који захтева теоријски приступ. Основну његову карактеристику представља одсуство граница. „За разлику од империјализма, Империја не успоставља територијални центар власти, нити се ослања на фиксне границе или баријере. Она је један децентрализован и децентрализујући апарат власти који прогресивно инкорпорира целокупни глобални простор у своје отворене границе које експандирају.“⁵⁷ Даље, Империја се не представља као неки историјски режим настао освајањем, већ превасходно као поредак који ефикасно суспендује историју и на тај начин фиксира стање ствари за вечна времена. Још, предмет њене владавине је друштвени живот у његовој укупности. На крају, „премда се владавина Империје непрекидно купа у крви, концепт Империје је увек посвећен миру – вечном и универзалном миру изван историје.“⁵⁸ Процес стварања империјалног устројства не повлачи за собом трансформацију међународног права. Преко тога, „кроз вршење савремене трансформације супранационалног права, процес конституисања Империје тежи директно или индиректно да продре у законе националних држава и на тај начин супранационално право добија снажну доминацију и над домаћим правом.“⁵⁹

На чему почива надање у *Pax Americana*? Прво, на тврдњи су историјске империје донеле цивилизацију заосталим народима и заменили редом анархију. „Најбољи пример империје увек је пример реда“ - уверава Најал Фергусон. Америчка империја се осврће на наводни *Pax Britanica*, период светског мира у деветнаестом веку који се повезује с хегемонијом Британске империје, која се и сама освртала уназад и себе прозвала по *Pax Romana* античког Римског царства. Друго, на преузетом евроцентризму. И кад су израсле у најмоћнију силу, САД су остале прекоморски продужетак Европе и сврставале се у исти кош са старим континентом под фирмом „западне цивилизације“. До средине двадесетог века ова етнорасна евровизија дефинитивно је учвршћена у САД као хегемонистичка интелектуална идеологија и институционална пракса. Латинска изрека „*Ex oriente lux, ex occidente lex*“ најбоље изражава надмену европоцентричну тврдњу о

⁵⁶ К. Дузинас, *op.cit.*, стр.187.

⁵⁷ М. Хард, А. Негри, *Империја*, Игам, Београд, 2005, стр. 8.

⁵⁸ *Ibid.*, стр. 11.

⁵⁹ *Ibid.*, стр. 32.

супериорности Запада. Духовна надмоћ европске културе језгровито се описује као „најбоље што је изречено и мишљено у свету“.⁶⁰ Евроцентризам, према томе, цепа свет на „Запад и остатак“. Искривљено самовеличање дословно је изражено у картографији где је Европа мапирана у средиште света добијајући тиме знатно веће димензије од стварних, за разлику од Африке, која је на рачун те перспективе знатно смањена. Чак су и термини који се користе за именовање региона културолошки детерминисани: Оријент/Левант – оно што је источно од Европе. Како су Европљани касније све дубље залазили у пространства Азије, област је названа Блиски исток или, према савременој терминологији, Средњи исток. Евроцентризам почива на две тезе, држи Парех. Према првој, европска модерна цивилизација представља, бар од осамнаестог века, највиши облик живота који је досегло човечанство и стога осигурава стандарде за оцену других. Према другој, за своја достигнућа она дугује веома мало неевропским цивилизацијама. Интелектуалне и политичке темеље положили су класична Атина и Рим (схваћени као еминентно европске цивилизације), а моралне и верске хришћанство (премда изворно неевропско, радикално је преиначено грчко-римском адопцијом). На овом месту се, са искрицом ироније, присећамо горљивог начина на који је Достојевски уверавао да Запад унакаженог Христа проповеда. Последња и најважнија компонента, јесте успон индивидуализма, секуларизма, науке и технологије.⁶¹

У прилог наше тезе иде и чињеница да су докази „благодворног“ утицаја Империје лако уочљиви и у наслагама које је за собом оставила еволуција европских кривичних поступака. Чак и они који с нескривеним симпатијама прате актуелне промене признају да је политички утицај на обим и ток спроведених реформи био више него очигледан.⁶² Наравно, он није свуда био једнаког интензитета и истих манифестационих

⁶⁰ Изгледа да се тек са ерудицијом какву је, на пример, стекао Дјурант, увиђа да провинцијализам наших традиционалних историја, које су почеле са Грчком и успут сумирале Азију, није само академска грешка већ фаталан неуспех перспективе и интелигенције. У предговору свог грандиозног дела *Историја цивилизације* он каже: „Свако поглавље, сваки параграф у овој књизи ће увредити или забавити неку патриотску или неку езотеричну душу: ортодоксном Јеврејину ће требати сва његова древна стрпљивост да опрости странице о Јехови; метафизички Хиндус ће оплаквати ово гребање по површини индијске филозофије а кинески или јапански мудрац ће се попустљиво насмешити на ове кратке и неодговарајуће одабране из богатства књижевности и мисли Далеког истока.“ (В. Дјурант, *Источне цивилизације*, Народна књига, Београд, 1995).

⁶¹ Више о томе В. Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, str. 28.

⁶² Тако Б. Павишић, *Нови хрватски Закон о казненом поступку*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.2/2008, стр. 497.

облика. У малим земљама младе демократије реформа кривичног поступка представљала је један од најважнијих сегмената транзиционих промена па је сасвим природно што су тамо препреке легислативним захватима биле знатно мање. Суштину напред изнетог језгровито исказује цитат из једног „транзицијског“ универзитетског уџбеника: „Радикална реформа кривичног поступка није код нас неочекивана. Подвргле су јој се и друге државе из нашег суседства, под различитим спољним политичким и унутрашњим криминално-политичким утицајима...Оклевање са увођењем радикалних процедуралних промена у таквим друштвеним околностима није пожељно па чак неке може изгледати и сумњиво, као бацање клипова у точкове правосудне машине у условима турбулентне друштвене транзиције.“⁶³ У овом оправдању извршених промена лако се уочава призивок прошлог времена које се, управо због готово идентичног догматског дискурса, једнодушно означава као тоталитарно.

4. Одређивање питања

У претходном одељку дат је панорамски приказ односа унутар којих се одвија процес рестаурације мешовитог поступка. Али питање које нас је у њему заокупљало, иако важно, није од кардиналног значаја за разумевање сложене интеракције два кривичнопроцесна система. Јер, маркирање крајњих узрока прогресивне надмоћи англо-америчких процесних решења (у процесу реформе континенталне процедуре), није истовремено и допирање до крајње суштине односа између два, у основи, дивергентна концепта кривичног поступка. Сама подложност туђем утицају, коју ми импутирамо мешовитом поступку, не мора нужно имати негативну конотацију, поготово ако је тај утицај благотворан. Ако би апстраховали мотиве који су је изазвали и околности у којима се одвија, могло би изаћи, упркос нашој скептичности, да је реформа заснована на пресађивању англо-америчких процесних решења неизоставан чинилац у процесу ревитализације континенталноевропског кривичног поступка. Да би проверили да ли је заиста тако морамо се са непрегледних пространстава претходног одељка вратити под тесне скуте науке, на првом месту кривичнопроцесне, а потом и дисциплина које на њу имају утицаја.

⁶³ Видети Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010.

Али како и са којих позиција ценити континенталноевропско преобраћење, дезинтеграцију традиционалних образаца мешовитог поступка и пуцање веза између прошлости и садашњости? Шта представља жижну тачку у мешању инквизиторских и акузаторских процесних форми? Пре него што се посветимо даљем диференцирању ових питања учинићемо кратак екскурс у стање у којем се тренутно налази кривичнопроцесна наука. Оно, барем са становишта овде постављеног проблема, није берићетно. Мешовити поступак дуго је на самрти, а скоро га нико и није оплакао. Радикалне су промене дочекане под соколовском капом некритичности, прихваћене аксиоматски и доживљене као нешто предетерминисано. Једноставније речено, оне се посматрају површним и расејаним погледом. Расправе које разматрају текуће тенденције претежно су партикуларног и техничког карактера: ограничавају се на уско поље, фокусирају се на одређену форму или институт који се онда третира изоловано од ширег контекста и углавном се свде на евидентирање предности и мана нових облика које се, по правилу, врши са становишта прагматичности. Оне су ретко кад нешто више од простог приказа и готово никад не скрећу с конформистичког курса. У сваком случају, јако много извештавања а веома мало закључака и вредносних судова. Осим тога, јуриспруденција се показала неспособном да обухвати утицаје који долазе из других хуманистичких наука, пре свега из социологије и филозофије. Другим речима, данашње стање у европској кривичнопроцесној науци у потпуности одговара стању науке које је Френсис Бекон овако описивао: “Кад су људи једном сопствене судове препустили другима на чување и сагласили се да подупиру нечије мишљење, од тог времена нису учинили никакав напредак у наукама него су допали ропске службе величања појединих аутора и умножавања њихове свите. И, нека нико не каже да су науке напредовале поступно док, најзад, нису достигле свој потпуни облик... па будући да нема простора за проналажење нечега бољег, све што преостаје јесте величање и неговање већ откривених ствари. Међутим, истина је да ово присвајање наука није потекло ни из чега бољег него из самопоуздања неколицине и тромости равнодушности осталих... Јер тешко да је могуће истовремено обожавати неког аутора и надмашивати га, зато што је знање као вода, и не сеже преко нивоа с којег се излило.”⁶⁴ Но, срећна је околност што је наука и једна од

⁶⁴ Ф. Бекон, *Истинита упутства за тумачење природе – Нови органон и Велика обнова*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 12-13.

неколико људских активности, можда и једина, у којој се грешке систематски подвргавају критици и доста често, током времена, поправљају.

По нашем уверењу, наука кривичног (процесног) права мора се вратити великим питањима. А највећа међу њима јесу она о оправдању кривичног поступка, његовом циљу и сврси, као и темељним принципима његовог организовања. Изнето стајалиште нипошто не подразумева омаловажавање парцијалних прилаза проблемима кривичног процесног права (као што су, на пример, питања о границама опортунитетског гоњења, споразума о признању кривице или скраћеног поступка), али се цела дисциплина не сме изгубити у тим споредним оквирима. То значи да кривичнопроцесна перспектива мора бити свеобухватна и упоредна, будући да парцијални прикази нужно подразумевају губитак интелектуалне суштине. Али, у оваквом приступу крију се многе замке. Јер, наметање неодољиве тежње да се ствари сагледавају у целини захтева лутање несигурним и пустим друмовима. Наиме, знање се умножило, а с његовом акумулацијом наука се поделила у хиљаду одвојених специјалности због чега се обазриви учењаци устручавају од било каквог синтетичког приступа. То је логично, јер “вероватноћа грешке расте са обимом подухвата и било који човек који прода душу своју синтези биће трагична мета за мноштво пикадо стрелица критичара стручњака. ‘Размисли’, рекао је Птах-хотеп пре пет хиљада година, ‘како ти се може супроставити неки стручњак на састанку већа. Глупо је говорити о свакој врсти посла.’”⁶⁵

Шта је, дакле, критеријум за просуђивање о вредностима кривичнопроцесне англофилије која се у наше време раширила Континентом? Противници англо-америчког поступка, некад неупоредиво бројнији, инсистирали су на полемици о прикладности страначки обликованог поступка као инструмента за тражење истине. Они су најпре на теоријском плану тражили епистемолошке недостатке билатералне методе утврђивања чињеница које би, потом, настојали верификовати деформитетима који се јављају у пракси акузаторског поступка. Другим речима, промотери мешовитог поступка градили су храмове *истини* и тамо где се следбеници адверзијалног поступка нису чак ни освртали. Зато је поређење, које за једини параметар вредности процесних форми поставља апетит за истином, унапред осуђено на неуспех. Овај би критеријум имао смисла једино у случају

⁶⁵ В. Дјурант, *Источне цивилизације*, Народна књига, Београд, 1995, стр. 5.

да се сваки кривични поступак изграђује у складу с принципом да његове форме треба да буду такве да осигуравају, а да не смеју бити такве да угрожавају сазнање истине. Али, није тако. Судски поступак чији је крајњи циљ решавање спора интегритет правичног поступања претпоставља постизању резултата који су исправни у меритуму. Наиме, овај тип процедуре фаворизује аутономију странака и дестимулише радозналост државе (суда) која би превазилазила границе расправљања које су означиле странке. „Пресуда ту није толико проглашавање стварног стања ствари, већ је понајпре одлука која значи решење спора, као што мировни уговор значи свршетак рата.“⁶⁶ Под налетом скептицизма, који доводи у питање могућност достизања тачних резултата и који произилази из релативности која прожима модерну Западну цивилизацију, овај тип поступка се повлачи на границе *процесне праведности* и настоји их што снажније утврдити. Према томе, чак и када би се несумњиво потврдило да је са аспекта откривања истине билатерална метода утврђивања чињеница слабија од унилатералне службене истраге, то сазнање само по себи не би компромитовало пожељност компетитивне методе утврђивања чињеница у поступку посвећеном решавању спорова.⁶⁷

Зато је, по нашем суду, јалов сваки покушај да се преко идентификовања девијација у пракси установи који је поступак бољи. Такво прегањање, којем нема краја, обично се заврши лутањем у зачараном кругу. Ово ћемо, по провереном Аристотеловом обрасцу,⁶⁸ показати на примеру истраживања америчког професора Тамана. У свом раду *„Суђења пред новом руском казненом поротом и нулификација кривичног закона у њеном праворекју: поуке за поротом инспирисану реформу у Евроазији и шире“*, овај аутор подробно анализира резултате увођења акузаторског (поротног) система у Русији. У том послу полази од следећих премиса (које у доброј мери одражавају и саму конструкцију рада): *а)* да судство совјетске ере није било способно да обезбеди квалитет правде достојан цивилизоване земље, између осталог и зато што је истраживање истине имало предност над бригом за људска права и *б)* да је питање лаичког учествовања у суђењу у

⁶⁶ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 129.

⁶⁷ *Ibid.*, стр. 129.

⁶⁸ Аристотел је имао обичај да своја дела снабдева историјским уводима који су описивали раније радове у области коју обрађује, и који су сваки такав рад обарали и уништавали. Аристотел је, објашњавао је Бекон, мислио на отомански начин: безбедно може да влада тек пошто сву своју браћу поубија.

тесној вези с начелом поделе власти.⁶⁹ Објашњавајући прву премису, Таман ревносно набраја све аномалије које су забележене у функционисању совјетског поступка, апострофирајући притом чињеницу да су страначки поступак и презумпција невиности били проказани као институције буржоаске правне културе. Дегенеративне промене на које наилази учвршћују га у уверењу да су совјетске професионалне судије у потпуности зависиле од упутстава партије, утицаја локалних функционера и веома моћног јавног тужиоца. То је пак за резултат имало рутинско потврђивање резултата прелиминарне истраге и готово потпуно одсуство ослобађајућих пресуда. Што се тиче друге премисе, њу узима аксиоматски - суђење пред поротом један је од темеља демократије и несумњиво најбоља брана од државне репресије. Полазне основе откривају главну тезу: негативне практичне манифестације у пракси совјетског правосуђа, будући директна последица реакционарног судског поступка, нестаће с његовом трансформацијом у акузаторски модел у којем одлуке доноси порота. Разматрајући, међутим, резултате увођења поротног система Таман је брзо наишао на разочарења. Једну од девијација је препознао у тзв. „подоптуживању“ – избегавању поротног суђења намерним преквалификавањем дела у блаже, за које није предвиђено поротно одлучивање. Таман је прикупио бројне извештаје који показују да се руски тужиоци неприкривено баве таквом праксом. Ова појава је, објашњава аутор, особито раширена код кривичног дела убиства: тако се, на пример, уместо за „убиство под отежавајућим околностима“ окривљени редовно оптужују за дело „наношења тешких телесних повреда са смртном последицом“, за које о кривици не одлучује порота. До исте аномалије неретко доводи и држање окривљеног, оличено у одрицању од права на поротно суђење. Иако је у поступку пред традиционалним мешовитим судским већем готово немогуће исходити ослобађајућу пресуду, велики број окривљених који имају право на поротно суђење бира за њих неповољнију варијанту. Таманово истраживање је показало да их на то активно наговарају адвокати, судије и тужиоци, углавном због страха или отпора према новом систему. Примећено је и да тела кривичног прогона врше притисак на браниоце како би се њихови клијенти одрекли права на суђење пред поротом. Следећи деформитет који Таман оплакује представља ревност другостепених судова у укидању ослобађајућих пресуда. Иако се пред руском поротом

⁶⁹ Таман подсећа да је Токвил поротно суђење сматрао примарно политичком институцијом и истиче да су сви владари, који су желели да у себи заснују извор моћи и управљају друштвом уместо да дозволе да друштво управља њима, уништили институцију пороте или су је ослабили.

одлучује само у случајевима тешких кривичних дела, ослобађајуће пресуде партиципирају у одлукама овог суда са 15 %, док је удео ослобађајућих пресуда у одлучивању мешовитих већа и судија појединаца мизерних 1%. У том контексту Таман подсећа на општепознату чињеницу да пороте често „санкционишу“ лош квалитет прелиминарне истраге тако што ослобађају окривљене, али и на то да поротници у многим предметима верују тврдњама окривљених да су њихова признања добијена силом, претњом, па чак и тортуром. Врховни суд Руске федерације (ВСРФ) је, с друге стране, безброј пута потврдио преданост укидању ослобађајућих поротничких праворека. Најчешћи разлог за укидање ослобађајућих одлука пороте представљају грешке расправног судије у састављању питања на која порота треба да одговори. Таман подозрева да су расправне судије често то намерно радиле како би испровоцирале битну повреду поступка у ситуацији кад се наслућује ослобађајућа одлука пороте. Своју сумњу оснажује подсећањем да је на првом модерном поротном суђењу у Московском градском суду расправни судија пет пута враћао пороту на већање узалуд покушавајући да исходи осуђујућу пресуду, док су неуки поротници то приписивали својој неумешности. За разлику од САД, повлачи паралелу Таман, руски расправни судија је дужан да пороту поучи о праву релевантном за предмет и сумира доказе које су странке изнеле. Док то чини, не сме открити своје уверење о томе које су чињенице доказане и каква би одлука требала бити. Наведена радња, чији флуидни карактер погодује афирмацији арбитрерности приликом оцене њене правилности, непресушан је извор разлога за укидање пресуда. Догађало се да другостепени суд укине ослобађајућу пресуду чак и у ситуацији када је расправни судија био приморан да пороти скрене пажњу да не постоје докази који подржавају осуђујућу пресуду, јер је одбрана својим захтевима исходила издвајање свих доказа. Неке од варијација на тему тенденциозног укидања ослобађајућих пресуда Таман препознаје и у грешкама у избору пороте, погрешном поступању поротника и грешкама током већања. Један од најбаналнијих разлога за укидање пресуда представља повреда обавезе пороте да у већању проведе најмање три часа када се одлука доноси већином гласова (за разлику од једногласне одлуке).⁷⁰ Анализирајући појаву да се ослобађајуће пресуде укидају (зло)употребом комплексних правила акузаторског поротног поступка, Таман закључује да се у

⁷⁰ Опширно о томе С. Таман, *Суђења пред новом руском казненом поротом и нулификација казног закона у њезину праворијеку: поуке за поротом инспирирану реформу у Еврозији и шире*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2008, стр. 357 – 438.

конкретном случају страначки поступак претворио у оружје против одбране. „ВСРФ се понаша“ – резигнирано констатује Таман – „као политичка, а не као правна институција. Изгледа да је његов циљ борба против криминала поништавањем ’скандалозних’ ослобађајућих пресуда пороте. Пракса старих совјетских професионалних судова настављена је дакле ’заогрнута у нову процедуру’, а ВСРФ предводи саботажу ’најважнијих и најлибералнијих’ одредби ЗКП РФ.“⁷¹ На крају, и тиме се круг затвара, све се завршава сазнањем да су „руске реформе демократско улепшавање система који данас функционише на исти начин као и његов претходник“.⁷² Шта је, дакле, на овај начин показано: да у Русији нису дорасли захтевима демократије и поштеног судског поступка или да не постоје установе које су осигуране од злоупотреба? Вероватно ово друго. Али за нас је овај оглед о руском поступку важнији због једне друге ствари. Из њега, наиме, извлачимо следећу логичку консеквенцу: ако су бројне злоупотребе, особито у совјетском поступку, биле основ за деградирање начела тражења истине, онда напред изложени деформитети пружају једнаку основу за дисквалификавање акузаторског поротног система. И обрнуто: ако се злоупотребама не могу засенити неспорне вредности адверзијалног поступка, онда злоупотребе не могу затамнети ни исту такву вредност начела тражења истине.

Ми ћемо, стога, у сагледавању интеракција између два концепта кривичног поступка поћи другим путем. Јер, расправљајући о дубоким бољкама кривичног поступка, одбијамо да најближе и другоразредне узроке примимо за основне и да на тој опсени постављамо темеље сопственог мишљења. Али, где је то почело на које ћемо се ослонити? Сваки узрок, одмах примећујемо, повлачи за собом други, још елементарнији – и тако у бесконачност! Зато овај рад подразумева дубље копање. Али да би плугом критике забраздали испод површине морамо одредити витална питања у вези са кривичним поступком у актуелном тренутку његовог развоја. А то је, подсећамо, тренутак у којем на подручју континенталног поступка после епохалног судара два концепта – англо-америчког и староевропског – напредују идеје произведене у англо-саској правној лабораторији. У таквом амбијенту се најпре појављује дилема може ли калемљење англо-америчких

⁷¹ С. Таман, *Суђења пред новом руском казненом поротом и нулификација казног закона у њезину праворијеку: поуке за поротом инспирирану реформу у Евроазији и шире*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2008, стр. 428.

⁷² *Ibid.*, стр. 361.

изданака на стабло континенталног поступка бити успешно. Она је праћена једним мање бенигним питањем: да ли се ради успешне трансплатације морају жртвовати фундаментални принципи мешовитог поступка односно мора ли се кривични поступак свести на инструмент за решавање спорова? То што средство (кривични поступак) има тенденцију да постане само себи сврха захтева одговоре на два тешка питања: да ли у „новом“ поступку има места за начело истине и да ли се традиционални појам правде може заменити појмом праведног поступања (оним што се у англосаским правним системима зове „*due process of law*“)? Заокупљени тиме, суочићемо се са кулминационим питањем: да ли се кривични поступак може оправдати само из процесне перспективе тј. начином на који се одлуке доносе, независно од материјалног права тј. онога што одлуке садрже? Или другим речима, могу ли процесна питања заиста у потпуности засенити суштину?

Даљим разматрањима препуштамо се у уверењу да су одговори на постављена питања једноставнији него што се претпоставља. Но, *идеологија правичног поступка* ужива тако добру репутацију да морамо бити опрезни. Зато ћемо у решавању ових проблема настојати да поступамо баш као што је Аугуст Шеноа саветовао да треба поступати с „Гордијевим чвором“: не расећи га, већ фино и вешто размрсити.

III. ОЖИВЉАВАЊЕ СТВАРНОСТИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Уопштено

“...Реч је о нечем врло чудноватом, чудноватом нарочито због тога што такав случај врло ретко бива. Тај човек био је заједно са другима одведен на губилиште, и прочитана му пресуда да буде стрељан због политичког злочина. После једно двадесет минута буде прочитано и помиловање и одређена му друга врста казне; али, ипак, у међувремену између те две пресуде, он је провео двадесет минута или бар четврт часа у несумњивом убеђењу да ће кроз неколико тренутака наједном морати умрети... Онај ми је причао да му се то време чинило као бесконачан рок, као неко огромно богатство: чинило му се да ће за тих неколико минута проживети толико живота да засад још нема ни смисла да мисли о последњем тренутку, тако да је правио читав распоред свог времена: израчунао је време да се опрости са друговима, за то је одредио два минута, затим је још два минута наменио да последњи пут размисли о себи и затим да још последњи пут погледа око себе... А рачунао је да ће погубљење бити бар недељу дана доцније; некако је рачунао на обично канцеларијско одуговлачење: да ће акт још некуда морати ићи па да ће тек после недељу дана стићи. Кад тамо, а оно се наједаред некако скратило: свештеник, доручак, за који му дају вино, кафу и говедину (зар то није шегачење? Кад човек помисли како је то немилосрдно, а са друге стране, богами, ти наивни људи то чине од чистог срца и уверени су да је то још неко човекољубље!), затим тоалета (знате ли ви шта је то тоалета на смрт осуђеног?), на послетку га воде по граду до губилишта. Ја мислим да се и тад ономе чини да му остаје још бесконачно да живи док га возе: “Још дуго, још три улице остаје ми да живим; ето кад ову прођем, остаје ми после још она, па још она где је са десне стране пекар... а кад ћемо тек стићи до пекара!”... Али ту је п р е с у д а, и у томе што ти с и г у р н о знаш да нећеш умаћи, у томе

се и састоји ужасна мука, и нема на свету страшније муке од те. Доведите и метните војника пред топ у боју и гађајте га, он ће се још увек надати; али прочитајте том истом војнику пресуду *на с и г у р н о*, он ће полудети или заплакати.”⁷³

Мноштво је разлога због којих је важно како судије пресуђују случајеве. Ту је важност најлакше уочити из перспективе оног који је упућен да од суда иште правду. Али и онима, што гледају из мирног кута и са висине, спусте ли се у “низину” и из гомиле судских списа извуку један, и то насумице, па се живље заинтересују за мале, појединачне судбине његових протагониста, за њихова надања, стрепње и заплете што ће их пресуда произвести, и њима ће бити јасно зашто је Ханд, један од најчувенијих судија у Америци, умео да каже да се више боји судског спора него смрти или пореза. Споменуто се најрељефније оцртава у кривичним предметима, који у ствари и највише фасцинирију јавност: и дан данас се штампа и са једнаким жаром чита Цицеронов пледоаје *Pro Sexto Roscio Amerino*.⁷⁴ То је донекле и разумљиво, јер вредности које се кривичноправним законодавством штите, али и индивидуалне вредности појединца о којима се у кривичном поступку одлучује, захтевају да се у кривичном поступку, пре него у другим поступцима, одлучне чињенице правилно утврде.⁷⁵ Али и грађанске парнице могу произвести снажне импликације, каткад далекосежније и од најатрактивнијих кривичних случајева. “Један једини аргумент”, примећује Дворкин, “који можда не би произвео тако снажан утисак на неког другог судију или чак на тог истог судију али неког другог дана, може претворити достојанство у пропаст.”⁷⁶ Говорећи о овом феномену, Карбоније цитира питање из

⁷³ Фрагменти из романа *Идиот*, Ф.М.Достојевски, Издавачко предузеће Рад, Београд, 1977, стр. 77.

⁷⁴ Ова епизода из Цицеронове адвокатске праксе носи идентичну поруку као горе цитирана проза. Наиме, ради се о ораторовом првом наступу пред кривичним судом у којем је бранио Секст Росција, оптуженог за убиство оца. (За такво дело предвиђена је била смртна казна која је извршавана тако - креативности у том погледу никад није мањкало – што се осуђени стављао у врећу са псом, петлом, змијом и мајмуном и потом бацао у море.) Овај је оптужени, међутим, био невин: његовог су оца убили његови рођаци, Росције Магно и Росције Капитон, како би се потом уз помоћ утицајног Сулиног штићеника, Хрисогона, докопали имања вредног шест милиона сестерција. Будући опрезни, злочинци су се прибојавали да би се једног дана, кад Сула оде с власти, неко могао забавити њиховом прљавом работом па су одлучили да на време уклоне јединог законитог наследника своје жртве тако што ће га оптужити за оцеубиство. Многи су знали, или бар погађали, праву истину али се нико није усуђивао да се супростави моћном Хрисогону. Цицерон је у кривичном поступку демонстрирао ванредну смелост и красноречивост чиме је спасао клијента а на себе скренуо пажњу јавности. Ипак, страх за сопствени живот беседника је за неко време одвео изван Рима што му је, с друге стране, пружио прилику да мудрост пије и са грчких извора.

⁷⁵ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Научна књига, Београд, 1964, стр. 288.

⁷⁶ Р. Дворкин, *Царство права*, “Филип Вишњић”, Београд, 2003, стр. 11.

Хамлетовог монолога - “*Јер ко би подносио...неправде силних и злоставе гордих?*” - закључујући да је немогуће у мање речи сугерисати сву тежину права и бирократије.⁷⁷

Осим директних последица (које самим пресуђењем погађају заинтересоване учеснике), судски поступак има још једну димензију која се огледа у његовој рефлексiji на неучеснике. Одлука, осим што решава правни спор, садржи и моралну компоненту, јер се њоме идентификује ко се понашао “исправно” а ко је прекршио друштвена правила. У том смислу, погрешна одлука неизоставно значи неоправдану стигматизацију у широј заједници. Даље, судска казна по правилу подразумева и “пратеће” друштвене казне: осуђеник лако губи а тешко добија посао, ранији пријатељи и познаници се дистанцирају, док се нови тешко стичу и др. Поред тога, често се изопштавају и лица која су с добрим разлозима ослобођена оптужбе: “А још на сам дан мог хапшења”, жали нам се Фришов доктор Шад, “чекаоница је била дупке пуна, седели су чак и на прозорима. Прочуло се да сам ослобођен, али било је сувише говоркања о мојој личности. Било је чак тешкоћа да пронађем нову асистенткињу. Она је Југословенка. Мора да закуца пре него што уђе у моју радну собу; не бих желео да ме медицинска сестра види с ногама на столу, руку скрштених иза потиљка. Они међу пацијентима који ме још увек цене као лекара, очигледно су тренутно здрави, па бих заправо могао да седим и код куће. Они који на суду, као сведоци, очигледно нису рачунали с тим да ћу бити ослобођен, изгледа да се снебивају од поновног сусрета.”⁷⁸ Другим речима, неправедна пресуда - како истиче Цицерон у свом већ споменутом говору - представља једну нову врсту злочина. Зато се слажемо са свима који верују да је најтежа неправда ако је невина особа осуђена за злочин, а да је довољно велики грех и кад суд одбије утемељени захтев тужиоца или не спере незаслужену љагу са оптуженог. Чак је и један од најоштријих критичара западног морала, Фридрих Ниче, изрекао једну похвалу правде од које се тешко може замислити већа: “Када се чак ни под навалом личне повређености, понижења и сумњичења, не замућује она висока, јасна објективност

⁷⁷ Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 1992, стр. 54.

⁷⁸ Фрагмент из романа *Плавобради*, М. Фриш, Народна књига, Београд, 1985, стр. 12.

праведног ока које *суди* – објективност која гледа подједнако дубоко као и благо – тада је то чин савршенства и највише владавине на земљи.”⁷⁹

Дакле, кад се из судске клупе загледамо у “крупну перспективу” којом доминирају вечне теме о преоптерећености правосуђа и спорости поступка, о потреби његове рационализације у циљу побољшања ефикасности, о суочавању са сазнањем да се истина не може досегнути у сваком појединачном спору (односно да се до ње уопште не може доћи у судском поступку) - теме пред којима појединачна човекова судбина иначе узмиче, та нам се перспектива тада показује у другачијем светлу. Јер, лако је издалека одмеравати статистичке податке и просипати идеје о недостижности истине – али метнемо ли тог опортуног статистичара на оптуженичку клупу, истог часа ћемо чути приговоре који се односе на рутинско опхођење са његовим “случајем” и осетити резигнираност онога кога други нису ни запазили, ни поштено саслушали, а потом су га ипак неочекивано “приковали”. С друге стране, кад напустимо ову перспективу оптуженог оптерећену историјским задатком правде (у кривичном праву) – да се кажњавају само они који су криви а ослобађају невини, и да се казна одређује искључиво према степену кривице – суочићемо се са искушењима чију је тежину најлакше објаснити саливањем у једно питање - да ли је уопште могуће оповргнути зловну изреку: “На пучини и на суду, човек је у Божјим рукама”?

Да би боље размотрили овај проблем морамо се приближити амбијенту кривичног поступка. Активност свих кривичнопроцесних субјеката своди се, по правилу, на утврђивање чињеница. У том контексту се већ вековима парафразира чувена Бентамова мисао да је вештина суђења у суштини само вештина коришћења доказа, а можда је најјезгровитија констатација те врсте стала у исказ да суђење, заправо, представља познавање чињеница.⁸⁰ Значај утврђивања чињеница најједноставније је изразити позивањем на учење о тзв. правном силогизму⁸¹ у коме је *a*) доња премиса (*praemissa*

⁷⁹ Ф. Ниче, *Zur Genealogie der Moral*, 2. расправа, бр. 11, цитирано према О. Хефе, *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад, стр. 12.

⁸⁰ Д. Крапац, *Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку*, ЈРКК, 3-4/1981, стр. 527.

⁸¹ У новијој се теорији учење о правном силогизму углавном везује за коренсподенцијску теорију истине и у том смислу означава као “застарело али код великог броја правника још увек преживело” (А. Узелац, *Истина у судском поступку*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1997, стр. 21). Помињање правног

minor) спознаја о конкретном чињеничном стању, б) горња премиса (*praemissa maior*) спознаја о апстрактној правној норми а в) закључак (*conclusio*) изрека судске одлуке. Дакле, да би се кривична пресуда донела мора се претходно утврдити постојање или непостојање оних појава у стварности за које је материјално кривично право предвидело одређене последице. Другим речима, циљ кривичног поступка (да се утврди да ли је једно дело кривично дело, ко је учинилац тога дела и да ли се према њему може применити кривична санкција) може се остварити само *утврђивањем чињеница*. Зато је чињенично стање, какво год било, основица сваке судске одлуке, а разјашњавање чињеничне стране кривичне ствари која је предмет суђења прва и основна обавеза сваког конкретног процеса. Такође, нема сумње да на ту обавезу (да се чињенична ситуација правилно и потпуно формира) отпада и највећи део процесних активности. Узроци томе бројни су и комплексни. Но, тим се потешкоћама не можемо посветити без претходне кратке расправе о атрибутима којима се чињенично стање ближе одређује. Наиме, ако пођемо од споменутог правног силогизма који подразумева да од тачности премиса зависи тачност конклузије, логично долазимо да закључка да грешка у формирању чињеничне основе пресуде са собом повлачи и погрешну одлуку. Дакле, „ма колико се с биком мучили – као што је то констатовао проницљиви Гогољев јунак – „од њега нећемо намустити млека“ и долазимо увек на исто: *правилно (исправно, тачно, ваљано)* утврђено чињенично стање *нужан је услов правилности одлуке*. Сад смо већ приморани да се запитамо (иако ће Њој као вредности и начелу кривичног поступка бити посвећено најопширније поглавље овог рада) да ли је *правилно, тачно, исправно*, итд. чињенично стање у ствари и *истинито* чињенично стање и може ли чињенично стање бити *правилно* уколико није *истинито*?

Ово је велики проблем код теоретичара који су начело тражења истине, пошто је свргнуто с пијадестала врховног принципа, потпуно протерали из круга начела кривичног поступка. Овај је парадокс најочљивији код Крапца који, док са једне стране само начело тражења истине проscribeује,⁸² са друге стране упадљиво инсистира на правилности утврђених чињеница и на њима заснованих одлука. У његовом уџбенику, иначе често цитираном у овом раду, може се наћи прегршт фрагмената који илуструју

силогизма на овом месту вредносно је неутрално у односу на различите теорије истине, будући да се њиме једино указује да се без утврђивања чињеница не може применити право а самим тим ни донети одлука.

⁸² Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 79.

напред наведено. Тако он објашњава да је кривични поступак уређен системски са дијасхроничким редоследом радњи управо зато да би се осигурало да на свом крају дође до тачног резултата тј. правилног и потпуног утврђења кривице те изрицања казне учиниоцу кривичног дела која одговара прописаним законским претпоставкама. Такође, експлицитно тврди да само тачан резултат може остварити замишљену друштвену сврху кривичног поступка⁸³ и уверава да је исправност резултата кривичног поступка тј. „правилност одлука о његовом главном питању кључни елемент за њихово конститутивно прихватање од чланова друштвене заједнице (легитимитет), јер се с неправилним одлукама (тј. таквим које показују погрешке у чињеничном стању и/или примени правних прописа) грађани не могу поистоветити.“⁸⁴ Због тога суд, закључује аутор на крају, да би донео пресуду мора све правно релеватне чињенице конкретног случаја утврдити с потпуном увереношћу.⁸⁵ Очигледно је да Крапац, кад говори о чињеницама, прави разлику између њихове *правилности*, *исправности* и *тачности* са једне стране и *истинитости* са друге. Ми пак сматрамо да нема места за епистемичку дистанцу и изједначавамо „правилно“, „тачно“, „исправно“ са „истинитим“, будући да сваки од наведених атрибута којим се означава квалитет утврђеног чињеничног стања нужно мора подразумевати и његову истинитост.

Вратимо се опет тешкоћама оживљавања стварности у кривичном поступку. Оне су детерминисане већ споменути императивом кривичне правде да се у кривичном процесу кажњавају сви кривци, али само кривци, а да се казна одмерава искључиво према мерилу кривице. На приземнијем нивоу, њих мултипликује околност што чињенице које се у поступку утврђују представљају догађаје из прошлости који се пред судом реконструишу не на сваки могући начин, него у складу са важећим формама кривичне процедуре,⁸⁶ чији различити облици представљају резултату деловања две опречне тенденције: тежње за ефикасном заштитом друштва од криминалитета и потребе очувања људских права лица оптужених за кривично дело. Ако се још има у виду да сама забрањеност криминалног понашања „налаже“ да се противправне активности

⁸³ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 6.

⁸⁴ *Ibid.*, стр. 23.

⁸⁵ *Ibid.*, стр. 403.

⁸⁶ *Ibid.*, стр. 380.

предузимају на начин и у околностима које не обезбеђују сигурне изворе спознаје,⁸⁷ постаје јасно пред каквим се искушењима налази суд. Његов задатак, да позајмимо једну Нојратову алегорију, подсећа на морнаре који морају да реконструишу свој брод на отвореном мору, који никада не могу да расклопе на сувом и да га тамо реконструишу од најбољих материјала.

А какав би требао бити судија? - “Да би били савршено непристрасни”, одговара Хефе, “судије морају да имају три савршенства: свезнање, како у погледу важећег права, тако и у погледу онога што се догодило; ненадмашну памет, која је способна да све што се догодило просуђује у светлу важећег права; савршену личну праведност, која и хоће да о свему суди праведно. Међутим, због тога што тако савршено може да буде само неко божанство, правосуђе може једино да се труди да се овоме приближи колико год је то могуће.”⁸⁸ Како је дакле “очигледно је да не постоји никакав поступак који искључује судске заблуде и који спречава кажњавање невиних као и некажњавање криваца, нити што је није мање важно, ону грешку у кажњавању која се састоји у томе што се неко не кажњава према мерилу своје кривице, већ преоштро или сувише благо”,⁸⁹ анулирању ових недостатака, подвлачи Хефе, “служе институционалне мере предострожности. Пошто су нам позната разна ограничења сваког судије и сваког судског већа, не уздамо се у потпуно доброг, свезнајућег, по памети ненадмашног и апсолутно праведног судију. Не умањујући при том строгост захтева за судијски позив, бринемо се, поред тога, и за јавност поступка, за хијерархију судова и за поделу рада између јавног тужиоца, браниоца и судије.”⁹⁰

Сада увиђамо да нас је, заокупљене настојањем да различите аспекте проблема који разматрамо скупимо у једну тачку, крај овог одељка затекао прикљештене између савршености правде као производа моралног ума и несавршености људских инструмената помоћу којих би се она у свакој прилици досегнула. Излаз из ове nelaгодне позиције ипак постоји, а лежи у чињеници да су споменути инструменти, иако никада

⁸⁷ О томе види М. Грубач, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Службени гласник, Београд, 2002, стр. 276.

⁸⁸ О. Хефе, *Правда – филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад, 2008, стр. 56.

⁸⁹ *Ibid.*, стр. 49.

⁹⁰ *Ibid.*, стр. 49.

савршени, стално усавршиви. С тим сазнањем окрећемо се практичним питањима кривичног поступка.

2. Правно релевантне или одлучне чињенице?

Као што сугерише уводно излагање, приликом расправе о чињеницама нећемо се бавити техничким аспектима њиховог утврђивања. Наш приступ овој теметици одређен је, наиме, задатком рада. То значи да ће у фокусу раправљања бити само они проблеми научавања о чињеницама чија се решења могу рефлектовати на руководеће принципе организовања кривичног поступка. Указали смо већ на надируће схватање које легитимитет одлучивања у кривичном поступку црпи искључиво из правила процедуре, независно од исправности мериторне одлуке. Овде ћемо настојати да истражимо да ли је учење о чињеницама у било каквој релацији са експандирањем *легитимисања кроз процедуру*, односно да ли су неки од одговора на „нови“ концепт кривичног поступка предетерминисани различитим учењима о чињеницама.

Зато ћемо у овом и наредном одељку у жижу пажње ставити следећа питања: *а)* које се чињенице утврђују у кривичном поступку, *б)* шта значи утврдити чињенице у кривичном поступку, *в)* ко их утврђује и *г)* којим се средствима и на који начин утврђује чињенично стање у кривичном поступку. Домаћа теорија кривичног процесног права се релативно касно почела систематски бавити овим питањима, али је већ пионирско деловање на том пољу дало крупне резултате: дела којим су ударени темељи учења о чињеницама још увек су најзначајнија лектира из ове области. То су: “Чињенично стање у кривичном поступку” М. Грубише (1. изд. 1963, 2. изд. 1980) и “Југославенско кривичнопроцесно право, књига друга, Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку” В. Бауера (1. изд. 1972, 2. изд. 1978, 3. изд. 1980). Ново поље научног изучавања убрзо је претворено у поприште једног од најжешћих правнотеоријских сукоба који је, на концу, изнедрио антологијску полемику између заступника супростављених теза. Један је мудар човек приметио да се Хобсово стање рата “свих против свих” никад не може остварити у стварности, јер се у свим борбама стварају фронтови, па макар то било само прегледности ради.⁹¹ Ова проницљива опаска може се, у

⁹¹ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 97.

метафоричном смислу, применити и на дебату која ће овде бити предмет анализе. Дакле, на једној су се страни нашли Бауер и Крапац, а на супротној Грубиша (остали аутори, као на пример Дамашка или Водинелић, изражавали су наклоност једној или другој теорији у зависности од питања које је тренутно заокупљало њихову пажњу). По нашем уверењу, не можемо запловити у плиће и сигурније воде а да изнова не дирнемо у њихову велику расправу. Дакле, старе размирице не дирамо (само) да би угодили сопственој знатижељи, већ (и) зато што су наведена питања данас, када су протежирањем решења англо-америчке провенијенције уздрмани сами темељи континенталноевропског кривичнопроцесног здања, постала важнија него икада пре. То је међу првима приметио Узелац у чијем је огледу о истини у судском поступку старом сукобу дата нова димензија. При овом враћању унатраг треба узети у рачун и једну узгредну тривијалност: ако на све ово бацимо поглед незамагљен теоријама приметићемо, без обзира што се ради о озбиљним научним питањима и једнако озбиљним научним радницима, очигледну дозу личне нетрпељивости (између твораца теорија и настављача њихових идеја) која просто обузима полемичаре (а која је, по нашем суду, неизоставно утицала на формулисање одређених стајалишта). Али, као што у своју одбрану наводи Ернесто Сабато: сујета је један од најзначајних покретача људског прогреса.

Но, вратимо се натраг основној тези о неизоставности преиспитивања вредности ова два учења о чињеницама. Оно је пре свега условљено драстичним појачавањем утицаја англо-америчке процесне културе на континенталноевропску правну баштину. Не треба заборавити да се креативна диспутација коју ћемо пратити одвијала унутар граница мешовитог поступка, тада још увек “опасаног” чврстим бедемима сопствених начела, као и да сами опоненти нису имали никаквих “задњих намера” у погледу њихових подривања. Актуелно време, међутим, показује да су импликације конкуретских теорија на доживљавање кривичног поступка и његову организацију далекосежније него што су некадашњи дебатни противници могли и претпоставити. У ствари, могло би се рећи да је понор без дна имеђу две теорије створен тек у вртлогу текуће реформе мешовитог поступка, када се у пуном обиму исказала непомирљива супростављеност њихових крајњих консеквенци. И док у старом амбијенту коегзистенција различитих учења о чињеницама није изазивала већа померања, у процесноправном свету који настаје нетрпељивост нараста до искључивости. Јер, док једно од њих омогућава

(или бар не спречава) инавазију англо-америчких процесних решења на континентално правно подручје, усвајање другог представља глогов колац у срцу повампириених англосаксонских идеја које су се надвиле над уморним телом континенталног поступка. Још нешто ваља апострофирати: иако у напред постављеним координатама сва питања немају ни изблиза једнак значај (од есенцијалне је важности, у ствари, учење о субјектима који утврђују чињенице) њих је потребно третирати “у пакету”, јер једна парцијална “победа” може означити и коначан тријумф. Ову тврдњу најлакше је илустровати на примеру термилошког размимоилажења између две теорије. Ту се, наиме, само привидно ради о спору поводом именовања одређених појмова: кад се здере вео готово баналног термилошког прегањања, између два, на први поглед слична учења о чињеницама израња хиљаду финих контраста. Зато би немарност код тог, на изглед маргиналног размимоилажења, могла проузроковати да се по инерцији заузму фиксна стајалишта и о преосталим, далеко важнијим питањима: о томе шта значи утврдити чињеницу, утврђује ли суд чињенице искључиво доказима или и властитим опажањем, те о субјектима утврђивања чињеница.⁹²

Дакле, споменута ће се “правна драма” овде извести у две сцене (наслова) а лица (у њој) су: Грубиша, којем (ми) признајемо да је први - како сам подвлачи - систематски и потпуно обрадио теорију о чињеничном стању у кривичном поступку, Бауер, главни Грубишин конкурент у овој области и претедент ако не на само интелектуално очинство теорије о чињеницама а оно барем на признање да ју је најисправније и најпотпуније обрадио, затим настављач Бауерових научних поставки и Грубишин најжешћи и најистрајнији опонент - Крапац,⁹³ онда Узелац, процесуалиста који је антологијски спор актуелизовао својим делом “Истина у судском поступку” и “пресудио” у корист потоње двојице и, на концу, приповедач чије су симпатије, морамо

⁹² Управо из тих разлога се у наслову овог одељка, као алузија на такву могућност, истиче ова терминлошка разлика.

⁹³ Који је у читавом низу радова полемисао са Грубишом бранећи Вауерове поставке: *Утврђивање правно релевантних чињеница у кривичном поступку непосредним и посредним доказима: спознајно теоретски аспект и анализа неких прописа југославенског кривичног процесног права*, Наша законитост, Загреб, бр.9/81, *Утврђивање правно релевантних чињеница у кривичном поступку непосредним и посредним доказима: историјско-правни аспект и неке хеуристичке напомене*, ЈРКК, 1/1981, *Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку*, ЈРКК, 3-4/1981, *Утврдити чињенице значи увјерити се у њихово постојање – властитим опажањем или доказивањем (Уз два недавна чланка М.Грубише о утврђивању чињеница у кривичном поступку)*, Наша законитост, бр. 11-12/1982.

одмах признати, на Грубишиној страни (и то не због тога што је на овој импровизованој сцени усамљен).

У погледу питања које се чињенице утврђују у кривичном поступку спор између Бауера и Грубише могао би се, навели смо већ, оквалификовати као претежно термилошки. Наиме, оба аутора усвајају поделу чињеница које се у поступку утврђују на три врсте (тзв. *трихотомија*): *а*) одлучне чињенице, како их означава Грубиша односно правно релевантне чињенице како их је назвао Бауер, *б*) чињенице-индиције⁹⁴ и *в*) помоћне чињенице,⁹⁵ с том разликом што за скуп чињеница на којем треба засновати судску одлуку (првоспоменуте), као што видимо, употребљавају различите термине. Различити називи условили су нешто друкчије дефинисање појма “чињенично стање”. Пошавши од своје класификације појмова везаних за чињенице Грубиша је *чињенично стање* одредио као *скуп одлучних чињеница*, тј. чињеница на којима се непосредно темељи примена материјалног или процесног кривичног закона у конкретној кривичној ствари.⁹⁶ Исте чињенице, како смо напред апострофирали, Бауер и Крапац су означили као *правно релевантне чињенице*, такође их поделили на оне на које материјално кривично право надовезује одређену правну последицу (*материјалноправно релевантне чињенице*) и на оне којима важност даје кривично процесно право (*процесноправно релевантне чињенице*) а њихов скуп назвали *правно релевантно чињенично стање*.⁹⁷ Размимоилажења нема по питању назива и садржаја појмова *чињеница-индиција* и *помоћна чињеница*.⁹⁸

Инсистирање на термилошкој расправи долази са Бауер/Крапчеве позиције. Наиме, термин *правно релевантне чињенице* Бауер сматра прикладнијим (од термина *одлучне чињенице* који преферира Грубиша) будући да “тај израз не само што изражава важност (релевантност) тих чињеница него уједно каже да ту важност тим

⁹⁴ Чињенице од којих не зависи примена правне норме али из којих се посредно закључује о постојању или непостојању одлучних (правно релевантних) чињеница.

⁹⁵ Чињенице које се утврђују кад је потребно проверити веродостојност извора сазнања о одлучним (правно релевантним) чињеницама или чињеницама индицијама.

⁹⁶ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 4.

⁹⁷ Д. Крапац, *Казнено процесно право, књига прва: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 383.

⁹⁸ Нема у основним поствцама; у доцнијој полемици Грубиши су оспоравани неки аспекти учења о две друге, “мање важне” врсте чињеница, док је сам Грубиша баш кованицу чињеница-индиција, као термин који се изворно појавио у његовом делу, користио као доказ свог ауторства теорије о троеоби чињеница.

чињеницама даје право”,⁹⁹ па сходно томе скуп тих чињеница означава правно релевантно чињенично стање (за разлику од Грубише код кога је скуп истих тих чињеница, различитих једино по називу, с а м о *чињенично стање*). Бирајући између две терминологије Крапац усваја наведени Бауеров аргумент подупирући га са два сопствена: први се односи на историјско тумачење појма “одлучне чињенице” будући да прописи који су претходили тадашњем ЗКП-у показују да су пређашњи законописци у склопу “одлучних разлога” (који су у дебати у аустријском парламенту 1872. године претворени у “одлучне чињенице”) подразумевали све чињенице на чијем утврђењу почива осуђујућа одлука (дакле и индиције и остале важне чињенице), док је други усмерен на граматичко тумачење истог појма јер се придев *одлучна* може схватити и као ознака за сваку чињеницу која је у конкретном случају важна за доношење одлуке што, међутим, није увек тачно.”¹⁰⁰ Поврх тога Крапац, опонирајући Грубиши, поентира “*да се не може доследно и увек употребљавати законодавчева терминологија* (подвукао С.Д.) јер ни сама није увек доследна”.¹⁰¹

Грубиша, с друге стране, сматра да је “*правилније употребљавати доследну законодавчеву терминологију* (подвукао С.Д.) јер се тако најтачније проналази и тумачи воља законодавца и најбоље уклања сваки неспоразум”.¹⁰² Управо апострофирани део цитираног става наговештава одговор на последњу Крапчеву примедбу: Грубиша наине не сматра, како му опонент импутира, да “доследно и увек треба употребљавати законску терминологију” него да законске термине треба употребљавати увек када закон систематски, доследно и потпуно обрађује терминологију у некој правној области.¹⁰³ У прилог своје тезе Грубиша износи и друге коректне аргументе. Тако он исправно констатује да би доследним ослањањем на семантику појам “правно релевантан” пре значио “оно што је за право важно” него “оно чему право даје важност.” Прилагођена домаћој терминологији синтагма “правно релевантне чињенице” би значила “правно важне чињенице” и подлеже истом оном приговору који је упућен термину “одлучне

⁹⁹ В. Бауер, *Југославенско кривично процесно право, књига друга*, Загреб, 1972, цитирано према М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 4.

¹⁰⁰ Д. Крапац, *Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку*, ЈРКК, 3-4/1981, стр. 530.

¹⁰¹ *Ibid.*, стр. 531.

¹⁰² М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 4.

¹⁰³ М. Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку*, Наша Законитост, бр. 6/1982, стр. 94.

чињенице”: правно релевантне би биле и индиције јер су и оне у процесном праву важне као доказно средство. Управо се то и догодило у диспутацији коју пратимо па је Грубиша исту замерку (оличену у Крапчевом граматичком приговору) “вратио” терминологији својих супарника истичићи да “израз правно релевантне чињенице, може осим одлучних чињеница, обухватати, строго узевши, и индиције јер и њима процесно право даје важност (релевантност) као средству за утврђивање одлучних чињеница.”¹⁰⁴ Историјски приговор Грубиша одбацује као ирелевантан у амбијенту у којем актуелни процесни закон спроводи потпуну и доследну систематизацију појмова у вези са чињеницама и када појму “одлучна чињеница” даје тачно одређено значење и смисао.¹⁰⁵ Још неки аргументи иду у прилог коришћења термина “одлучне чињенице”: 1) употреба страних израза оправдана је само ако не постоји одговарајућа домаћа терминологија, 2) чак и кад иста реч има више значења увек је, с обзиром на атрибуте који је прате, контекст у којем се употребљава, научну дисциплину у којој се користи, несумњиво у којем је значењу у конкретном случају употребљена, поготово кад се ради о тзв. техничком термину а 3) то је управо овде случај, јер је одређивањем *одлучних чињеница* као *чињеница на којима се непосредно темељи примена материјалног и формалног кривичног закона у одређеном кривичном предмету* извршена јасна дистинкција садржине и опсега овог појма у односу на друге врсте чињеница. До истог се закључка може доћи и посредним путем. Наиме, незадовољан термином “чињенично стање” Бауер скупу правно релевантних чињеница даје свој назив “правно релевантно чињенично стање”. Међутим, ако прикладност одређења “одлучна чињеница” и изазива одређене контроверзе то никако није случај са термином “чињенично стање”. Пошто се дакле под *чињеничним стањем* подразумева увек и искључиво скуп чињеница на које материјални и процесни закон надовезује одређено дејство, онда, и кад те чињенице означимо као “правно релевантне чињенице” њихов скуп, за одређено и потпуно дефинисање, довољно је означити као *чињенично стање*. У том смислу додатно одређење “правно релевантно” у овом случају представља плеоназам и чини такав назив непотребно гломазним.¹⁰⁶ И на концу, тачку у којој се наше становиште по овом питању у потпуности поклапа са Грубишиним ставом представља његово

¹⁰⁴ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 4.

¹⁰⁵ М. Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку*, Наша Законитост, бр. 6/1982, стр. 93.

¹⁰⁶ *Ibid.*, стр. 95.

уверавање да избор термина не сматра пресудним питањем у овом теоријском спору, уз апострофирање да употребу термина “правно релевантне чињенице” никад није мерео, нити га је сам избегавао.¹⁰⁷ Своју тезу да је ова расправа о терминима, посматрана изван жучне полемике зараћених страна, по значају маргинална и вештачки испровоцирана појачаћемо позивањем на још неког, (у односу на ово питање) неутралног теоретичара, овог пута Ђурђића, који једноставно констатује „да су одлучне чињенице, у ствари, правне чињенице, које се у теорији кривичног процесног права означавају као *правно релевантне чињенице*“ [подвукао сам аутор].¹⁰⁸

Разлике се, међутим, објективно појачавају код следећег питања: којим се средствима и на који начин утврђују чињенице у кривичном поступку? Овде се учењу о дихотомији начина утврђивања чињеница – *властитим опажањем и доказивањем* - које је код нас увео Бауер а усвојили Крапац и Дамашка, оштро супроставља становиште по којем је *доказивање* једини пут утврђивања чињеница у кривичном поступку¹⁰⁹ (које су заступали други аутори а најенергичније бранили Грубиша и Водинелић). Оправдање за своје стајалиште заступници првоспоменуте теорије налазе у: *а)* чињеници да сам закон предвиђа утврђивање чињеница и властитим опажањем органа поступка при чему се мисли на увиђај који се, по дефиницији, предузима када је за утврђивање какве важне чињенице потребно непосредно опажање, *б)* случају суђења за кривично дело учињено пред расправним судом када суд чињенице такође утврђује властитим опажањем и *в)* становишту да и други процесни субјекти утврђују чињенице те да тако постоје чињенице које, на пример, вештак мора утврдити властитим опажањем на основу свог знања и умећа.

¹⁰⁷ М. Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку*, Наша Законитост, бр. 6/1982, стр. 94.

¹⁰⁸ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 245.

¹⁰⁹ На овом је стајалишту била и целокупна србијанска процесна теорија: “...Утврђивање чињеница остварује се извођењем и оценом доказа...” (Т.Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1964, стр.271.), “Утврђивање чињеничне ситуације, која је претпоставка за примену права (одлучивање), постиже се предузимањем радњи доказивања” (М. Грубач, *Кривично процесно право, увод и општи део*, Београд, 2002, стр.275.), “Да би се утврдила одређена правно релевантна чињеница у конкретној кривичној ствари мора да се предузме доказивање.” (С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2010, стр.289.). У новом уџбенику проф. Ђурђића, међутим, пољављује се становиште да се “чињенице важне за поступак утврђују непосредним опажањем или доказивањем” (В.Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 243.).

Иако прихвата да се увиђајем не могу установити правно релевантне чињенице јер оне по природи ствари припадају прошлости која је доступна само посредством других основа сазнања – људи и предмета (због чега се оне најчешће утврђују доказивањем), Крапац сматра да се приликом увиђаја орган поступка ипак може уверити у постојање чињеница индиција (дакле, утврдити их) које ће касније послужити расправном суду као извор сазнања тј. као доказ о правно релевантним чињеницама. Зато, по њему, изразу “непосредно запажање” у одредбама о увиђају треба дати смисао властитог запажања органа кривичног поступка.¹¹⁰ Примедби да законска систематизација одредбе у увиђају смешта међу одредбе о доказивању, он противречи констатацијом да су оне у ЗКП преузете из његових претходника, на које је утицала ранија теорија која је доказивање традиционално сматрала јединим начином утврђивања чињеница, па цитирајући Дамашку поентира реторским питањем: требамо ли се увек придржавати старог или га можемо и напустити када видимо да ново боље погађа суштину ствари? На концу, као биланс мора се установити да “непосредно запажање” из одредби о увиђају ипак није доказивање него да представља употребу самосталног извора сазнања о чињеницама – властитог опажања, без обзира на то што је (одредба о увиђају) смештена међу одредбе о доказивању.¹¹¹ Следом тога, Крапац случај који се односи на суђење за кривично дело учињено пред расправним судом (у којем суд такође чињенице утврђује властитим опажањем) не схвата као изузетак него га проглашава једном од више различитих ситуација у поступку у којима суд утврђује чињенице на овај начин.

Друга се страна, дакако, огласила и по овом питању. Ти ће се аргументи (али и сви други који су коришћени у овим расправама) лако разумети ако се вратимо фундаменталној Грубишиној поставци израженој у тврдњи да је “главна активност суда у кривичном поступку утврђивање чињеничног стања потребног за одлучивање, а оно се утврђује помоћу доказа (ако то није непотребно) и треба да одговара истини.”¹¹² Дакле, процесни закони познају искључиво један начин утврђивања чињеница - *доказивање*, а суштину доказивања чини постојање “посредника” (људи и предмета као носилаца

¹¹⁰ Д. Крапац, *Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање – властитим опажањем или доказивањем* (Уз два недавна чланка М.Грубише о утврђивању чињеница у кривичном поступку), *Наша законитост*, бр. 11-12/1982, стр. 112.

¹¹¹ *Ibid.*, стр. 112.

¹¹² М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 2.

непосредних информација) у сазнавању чињеница о кривичном делу. Очитавањем података које садрже доказна средства (људи и предмети који су били у непосредном додиру са криминалним догађајем) утврђују се чињенице о кривичном делу и учиниоцу, а исти образац важи и за увиђај. Према овом стајалишту властито опажење би се односило искључиво на непосредно сазнавање чињеница из самог криминалног догађаја, а никако на аперцепцију чињеница из информација што их о њима пружају доказна средства (сведоци – говором, мимиком, покретима; предмети – изгледом, обликом, утиснутим траговима). Јер, ако опажање трагова на предметима можемо сматрати властитим опажањем чињеница, онда аперципирање података што их својим говором и гестовима пружају сведоци морамо исто тако сматрати властитим опажањем тих чињеница. Стога ако аперцепирање чињеница помоћу сведока сматрамо и називамо доказивањем, онда морамо и сазнавање чињеница из предмета увиђаја сматрати доказивањем.¹¹³ Изнету аргументацију појачаћемо ставом да “чулно опажање органа, да би било увиђај, мора бити предузето у поступку и на начин прописан законом”,¹¹⁴ што га, у ствари, чини *доказним средством*.

По Грубишином расуђивању, не могу се у везу доводити увиђај и случај када се кривично дело учини на главној расправи. У потоњем се случају криминални догађај одиграва на расправи, пред судом, и суд га види и доживљава као сваки други сведок.¹¹⁵ Сасвим одвојена питања представљају дилема да ли је расправни суд уопште био у стању да све чињенице опази или му је за неке потребно и коришћење доказа и приговор да се оваквим поступањем конфудира улога сведока и судије. У сваком случају и за такво се дело мора изнети оптужба и окривљеном оставити довољно времена за припремање одбране, што значи да и оно улази у левак редовне процедуре која подразумева извођење доказа (саслушање окривљеног, или евентуалних сведока, или читање записника на којем је, на пример, констатована вербална инкриминација окривљеног) – дакле, пресудиће се после доказивања а не само на темељу личног утиска незаоденутог у процесну форму. Јер, за одлуке које претендују да буду правно обавезујуће

¹¹³ Опширније о томе: М. Грубиша, *Полемичар, чији је једини аргумент неистина, неизбежно поражав* – самог себе, *Наша Законитост*, бр. 4/83.

¹¹⁴ Т. Васиљевић, *op.cit.*, стр. 308.

¹¹⁵ М. Грубиша, *Полемичар, чији је једини аргумент неистина, неизбежно поражав* – самог себе, *Наша Законитост*, бр.4/83, стр. 76.

неопходни су јасно дефинисани поступци. Процеси су *системи* и имају *структуру* у којој *радње доказивања*, спроведене у унапред искованој форми, представљају једино средство односно начин формирања чињеничне ситуације на коју ће се применити материјално право. У томе је бит процедуре. Тек у координатама доказног поступка суд информације које дају докази (говор и гестови сведока, опажање трагова на предметима) сазнаје властитим опажењем.

Питања о којима је расправљано само су увод у централну дебату о томе ко утврђује чињенице и шта уопште значи утврдити чињеницу. Њој је посвећено наредно поглавље.

3. Субјекти утврђивања чињеница

Најављена питања представљају жижне тачке на фронту Бауер/Крапац – Грубиша. Размимоилажења почињу већ приликом формулисања питања: *Шта значи утврдити чињенице у кривичном поступку?* (Бауер/Крапац)¹¹⁶ односно *Шта значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице)?* (Грубиша).¹¹⁷ Грубиша, као што се види, проблем посматра искључиво са процесноправног аспекта и на постављено питање одговара: “утврдити чињенично стање у п р о ц е с н о п р а в н о м [подвукао сам аутор] смислу значи установљивање у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци, постојања или непостојања скупа одређених чињеница на којима се темељи одлучивање у кривичном поступку.”¹¹⁸ Из овога пак излази *а)* да се не могу сматрати утврђеним чињенице које произлазе (ма колико уверљиво) из резултата доказног поступка али о којима суд није извео исти закључак и *б)* које чињенице постоје закључује се искључиво у судској одлуци. Да резимирамо: “*чињенично стање утврђује само суд који доноси одлуку и оно је садржано у његовој одлуци.*”¹¹⁹

¹¹⁶ Д. Крапац, *Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку*, ЈРКК, бр.3-4/ 1981, стр. 530-531.

¹¹⁷ М. Грубиша, *Шта значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку*, Наша Законитост, бр. 6/1982, стр. 96.

¹¹⁸ Ibid., стр. 96.

¹¹⁹ Ibid., стр. 101.

Истом питању Бауер (и Крапац) прилазе са друге стране: појму “утврдити чињенице” даје се првенствено епистемолошко значење (под њим се подразумева спознаја о постојању или непостојању одређене чињенице) и прави оштра дистинкција између процеса спознаје чињеница и околности да чињенично стање које формира суд мора бити прокламовано у судској одлуци. Суштина је, дакле, у томе да у епистемолошком смислу нема никакве разлике између судијске спознаје чињеница и њихове спознаје од стране других протагониста поступка. За све њих једнако важи да утврдити неку чињеницу значи уверити се у њено постојање или непостојање (као што исто важи и за субјекте спознаје у другим људским делатностима), а то се чини на темељу истих извора сазнања.¹²⁰ Развијајући овако своју тезу, Бауер и Крапац, дакле, у оптицај уводе “филозофску монету”, рачунајући ваљда с непорецивом чињеницом да у привидном свету метафизике има много тога заводничког.

Ми ћемо, међутим, (засад) избећи величанствене паучине филозофије и ову расправу оставити отвореном, прелазећи на наредно, кардинално питање с којим је она нераскидиво повезана: ко утврђује чињенице у кривичном поступку? Бауер (чије становиште прихвата и брани Крапац), полазећи од спознајнотеоријског појма “утврђивати чињенице”, заузима стајалиште да осим органа који доноси одлуке чињенице утврђују и други протагонисти процеса (истражни судија, странке и вештаци). Тако странке, желе ли да суд донесе какву одлуку, морају оценити сакупљене доказе и за себе утврдити постоје ли чињенице на које право надовезује доношење одлуке коју они желе постићи.¹²¹ Ево једног цитата који се односи на вештаке, репрезентативног за наш контекст: “Чињенице у кривичном поступку утврђују и вештаци и то према правилима своје струке, на темељу свог опажања (ради се по правилу о чињеницама – индицијама, које постоје у време вођења кривичног поступка и вештачења) те властитог стручног знања и искуства. Тек, наиме, након што утврде, “пронађу”, постојање таквих чињеница

¹²⁰ Видети о томе: Д. Крапац, *Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање – властитим опажањем или доказивањем* (Уз два недавна чланка М. Грубише о утврђивању чињеница у кривичном поступку), *Наша законитост*, бр. 11-12/1982.

¹²¹ Видети Д. Крапац, *Казнено процесно право, књига прва: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 398.

(тзв. вештаков налаз) они могу одговорити на чињенично питање које им је у конкретном случају поставио суд у налогу за вештачење (тзв. вештаково мишљење).”¹²²

Грубиша и ово питање обрађује следећи основне поставке свог учења о чињеницама које се, треба признати, одликује необичном педантеријом и изванредном повезаношћу закључака које изводи у поље с тачношћу каквог шахисте. Зато он најпре подсећа да се под појмом *утврђивање чињеничног стања* има разумети “само она функција која се састоји у оцењивању резултата поступка (првенствано резултата доказа) и закључивању на темељу тог резултата које *одлучне чињенице*, од којих зависи одлука у поступку, треба сматрати да постоје или не постоје” или, другим речима, да “утврђивање чињеничног стања представља само ону логичку операцију која се састоји у закључивању суда о постојању или непостојању одлучних чињеница које он врши из прикупљених основа сазнања”,¹²³ па тек онда закључује да “ако појам *утврдити чињеницу* употребимо у процесноправном а не у уобичајеном говорном смислу”, одговор гласи да “*чињенично стање утврђује само суд који доноси одлуку и оно је садржано једино у његовој одлуци.*”¹²⁴

Не тежећи исцрпности (како би она и била могућа?) у изношењу свих аргумената у овој интересантној полемици (са којима се најбоље може упознати на самим изворима), са јасном свешћу о неоправданом редуковању одређених суптилних анализа, на овом месту још наводимо како се слажемо с констатацијом да ова полемика садржи црту коју је Грубиша жаргонски означио као “разговор глувих”: док он инсистира на утврђивању чињеница у процесноправном смислу тј. на питањима одређује ли процесни закон ко, када, и у којој форми утврђује чињенице и шта се има сматрати чињеничним стањем, дотле Крапац одговара да објективна стварност важи за свакога и да уверење о извесности може стећи свако, па будући да и суд и остали процесни субјекти чињенице сазнају истом епистемолошком методом тј. на исти начин формирају уверење о њиховом постојању или непостојању, онда и остали субјекти једнако као и суд утврђују чињенице.

¹²² Видети Д. Крапац, *Казнено процесно право, књига прва: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 398.

¹²³ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 31.

¹²⁴ М. Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку*, Наша Законитост, бр. 6/1982, стр. 101.

4. Финале

Сада се, када смо исцртали оквир, можемо посветити “главном мотиву” оличеном у питању: како се у данашњим преломним тренуцима мешовитог поступка напред описивана учења о чињеницама рефлектују на обликовање кривичнопроцесних форми? Нешто од одговора на постављено питање наслућује се у већ спомињаном Узелчевом делу посвећеном истини у судском поступку. Овај аутор, наиме, Бауер/Крапчев став о субјектима утврђивања чињеница у кривичном поступку назива *плуралистичком концепцијом*, закључујући притом да “иако о томе нема изричитих ставова, а ни изрази аутора нису увек потпуно јасни, могло би се рећи да Бауер/Крапчева позиција тенденцијски указује на постојање плуралитета истина у судском поступку те на потребу тесне кооперације процесних субјеката (по својој спознајнотеоријској позицији координираних а не суб/суперодинираних).”¹²⁵ Не треба додатно објашњавати у каквом односу овај закључак стоји са текућом егзалтацијом акузаторских процесних форми. Узелчеву егзегезу свог учења Крапац данас прихвата без остатка (премда у време кад га је најштедрије заговарао није ни слутио какве би могле бити његове крајње консеквенце). Третирајући, наиме, питање да ли се под *утврђивањем чињеница у кривичном поступку* има сматрати само активност једног субјекта кривичног поступка тј. суда, јер он за разлику од осталих процесних субјеката утврђено чињенично стање и прокламује у одлуци, овај аутор закључује да је одговор на то питање детерминисан сврхом кривичног процесног права: уколико се под њом разуме изградња кривичног поступка који ће једино јемчити да се кривац пронађе и казни и то искључиво ради остварења друштвене функције кажњавања, онда је за утврђивање чињеница важно само оно што је у кривичном поступку утврдио суд, јер се та функција може остварити једино ако је он, у тој функцији, овлашћен “спознати” чињенице (што се види из овлашћења да ауторитативно проглашава њихово постојање или непостојање). Међутим, наставља Крапац поентирајући, сврха кривичног процесног права није у напред изнетом, него у изградњи “правичног поступка”, у којем једнаку вредност имају правна добра заштићена инкриминацијама кривичног права и субјективна права појединца против којег се он води. Ову тврдњу он потом доводи у везу са организацијом поступка уверавајући да у нашем добу он не може бити

¹²⁵ А. Узелац, *Истина у судском поступку*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1997, стр. 150.

“уређен као једнострано поступање судских тела ради кажњавања кривца него мора имати облик спора равноправних странака.”¹²⁶ Да би се пак та равноправност досегла кривично процесно право им мора признати аутономију у остваривању процесних функција, од којих је најважнија везана за утврђивање чињеница. Стога сва три главна процесна субјекта (суд, тужилац и окривљени) морају имати једнаку процесну иницијативу при извођењу доказа, односно утврђивању чињеница.¹²⁷ Очигледна су Крапчева настојања да потре разлику између *извођења доказа* и *утврђивања чињеница* и маргинализује околност да само утврђења суда добијају своје формално обличе у виду образложене одлуке. Јер, странке могу предлагати доказе, чак их и изводити (ако тако одређује процесни закон), али формирање чињеничне ситуације на коју ће се надовезати дејство материјалног кривичног права представља искључиви прерогатив (и обавезу) суда.

Будући да је своју наклоност унапред уделио Бауер/Крапчевој “плуралистичкој концепцији” Узелцу се неупоредиво занимљивијим показује бављење развијањем правних ставова њиховог такмаца (што је условило да је и нама од омажа Бауер/Крапчевом учењу далеко интересантнија његова анализа Грубишиног *монистичког концепта*). Тако одмах на почетку он износи став да Грубишино процесуалистичко стајалиште не следи нужно “ни из коренсподенцијских основа, нити из онтолошке, нити из психолошке, па чак ни из методолошке дефиниције” будући да “објективна стварност” важи за свакога и уверење о извесности може задобити свако”,¹²⁸ него представља сасвим одређен гносеолошки став који “инсистира на јединствености истине која, ако већ због иманентних недостатака сваке људске спознаје не може бити остварена у смислу апсолутног поклапања са ‘стварношћу’, онда може бити остварена процесно-нормативним истицањем супериорности једног спознајнотеоријског субјекта над свима осталима.”¹²⁹ Из овако перцепиране Грубишине тезе Узелац изводи следеће закључке: *а) утврђивање чињеничног стања, дакле дохватање истине у судском поступку, ствар је специјалиста, а не “лаика” или “сваког разборитог човека”* [подвукао сам аутор], *б) постоји темељна разлика између истините спознаје у кривичном поступку и другим судским поступцима (нпр. грађанском) где би се као овлашћени спознајнотеоријски субјекти – барем у смислу*

¹²⁶ Д. Крапац, *Казнено процесно право, књига прва: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 399.

¹²⁷ Ibid., стр. 399.

¹²⁸ А. Узелац, *op.cit.*, стр. 149.

¹²⁹ Ibid., стр. 151.

суконституисања истине – можда могли појавити и други учесници, а не само суд и *ц*) истинита спознаја у судском поступку условљена је не само општим гносеолошким правилима (логика, искуство, *etc.*) већ и *правом* [подвукао аутор].¹³⁰ Очигледно је да Узелчевом методу закључивања недостаје оно што социолози зову вредносна неутралност.¹³¹ Јер, повезивање овако екстремних закључака са теоријом која на утврђивање чињеница у кривичном поступку гледа искључиво са процесноправног аспекта, представља шепурећи нонсенс који је у стању натерати и мудраце да полуде. Или, да променимо метафору и парафразирамо песнички израз Лорда Бајрона, ко овакве закључке изведе из Грубишиног учења о чињеницама тај је зацело у стању да сазида још један спрат на Вавилонској кули. Извадимо дакле најпре семантичку жаоку: компромитовање процесуалистичког становишта обављено је у конкретном случају заменом израза *утврђивање чињеница* (правнотехички појам) изразом *истина* (у филозофском смислу). Тако се проста констатација да је процесним правом утврђено ко утврђује чињенице претвара у “јасно профилисан гносеолошки став”. Овом оштроумном обманом – импутирањем процесуалистичком стајалишту филозофске тезе о постојању само једне истине која се може изразити у само једном облику – он је расправу о *утврђивању чињеница у кривичном поступку* вештином легендарног Прокруста прилагодио сопственој амбицији да допринесе стварању нове *теорије истине у судском поступку* (једне врсте теорије кохеренције), до које хрли пробијајући се кроз све оне филозофске суптилности. Очигледно је, дакле, куд Узелац циља: учење о супериорности једног спознајнотеоријског субјекта (суда) над осталим протагонистима процеса (које се, понављамо, тенденциозно приписује процесуалистичком стајалишту) само је на корак од химера некадашњих совјетских аутора који су у идеолошком заносу уверавали да је совјетски судски кривични поступак (који представља “најтврђу” варијанту мешовитог поступка) организован тако да се у њему проналази апсолутна истина. Не треба посебно објашњавати да у време пуног цветања идеологије *fair* процеса повезивање једне правне теорије са совјетским поступком подразумева њену трајну инфекцију, то јест онеспособљавање на дужи рок. Зато овакво Узелчево тумачење игра улогу секире у

¹³⁰ Више о томе А. Узелац, *op.cit.*, стр.149-153.

¹³¹ Која подразумева стављање властитих вредности у заграду и систематску отвореност за вредности других кад су релевантне за проучавану ситуацију – она је захтев да се види, да се види јасно, без обзира на сопствене склоности, наде или страхове. (О каквом се страху ради у конкретном случају видећемо ниже).

рукама судбине *начела тражења истине*. Срећна је околност да се на овакве његове “оптужбе” може одговорити лако и без остатка. Теза о спознајној супериорности суда не може се успешно подметнути само позивањем на просту констатацију да је правилима процедуре предвиђено да се чињенице на које материјално кривично право надовезује одређену правну последицу прокламују у судској одлуци. Уочавање да се утврђивање чињеница на основу којих ће се донети пресуда одвија у оквиру *посебног система* (кривичног поступка) унутар којег је, у складу са установљеним правилима, извршена *диференцијација улога*, не подразумева ништа више од тога, то јест не подразумева неспособност странака и осталих учесника да формирају властито уверење о неком чињеничном питању. Јер, посебно место које имају судови не имплицира да постоји неки њихов посебан облик расуђивања. Истина, одлуке судова законски обавезују, док одлуке обичних људи нису обавезујуће. Међутим, одатле не следи да судови расуђују на посебан начин. Када расуђујемо о одликама које неки случај има за тужиоца или браниоца, ми расуђујемо, уколико добро расуђујемо, исто као што то чине и судови, уколико добро расуђују. Међутим, оно антиципира да странке, уколико имају амбицију да се последице материјалног права надовежу на “њихову верзију” спорног чињеничног питања, м о р а ј у узурпирати улогу која је у систему унутар којег делују поверена суду. Једнако је депласирано уверавање да је Грубишин концепт генератор оштре дистинкције између истинитих спознаја у кривичном и парничном поступку (при чему се супериорност кривичног поступка подразумева). Правећи одређене паралеле са парничним поступком Грубиша је то чинио ослањајући се на тада важећу процесну стварност, а непорецива је чињеница да је у то време између две варијанте система судског поступка постојала значајна разлика у погледу иницијативе суда за извођење доказа и утврђивање чињеница, јер је кривични суд увек а парнични само у неким случајевима одлучивао о материји за коју је везан општи интерес. Трећа Узелчева опаска школски је пример софистичког извртања. Наиме, из Грубишине констатације да процесни прописи “одређују (строго) ко утврђује чињенице, када и како (којим средствима), уз које форме, и шта се једино има сматрати утврђеним чињеницама” те да “код таквог стања ствари, код такве везаности бројним строгим формама при утврђивању чињеница, поставке теорије сазнања губе нужно преодминатно значење при сазнању чињеница (какво им Крапац придаје), заправо

своде се само на један од реквизита за сазнавање чињеница”,¹³² Узелац извлачи два крупна закључка: *а)* да то значи да је једино “специјалист” или “колегијум специјалиста” – суд спознајно теоријски оспособљен да утврђује истину и *б)* да ако *истина* није само чињенично већ и правно питање онда то значи да се истина у судском поступку подједанко *открива* и *конституише*.¹³³ Грубиша, међутим, у овом исказу осим што још једаред истиче *процесноправни контекст* утврђивања чињеница, само додаје да ригидне процесне форме сазнање чињеница у судском поступку чине тежим него у изванправном дискурсу.

После свега остаје нам још да откријемо где је источник фуриозних напада на Грубишину тзв. монистичку концепцију утврђивања чињеница. Један од генератора свакако су *плурализам* и *релативизам* којима је Узелац очигледно наклоњен (иако овакав поглед на вредности по дефиницији заговара мирну коегзистенцију различитих, чак антиподних учења). Крајњи узрок овом, готово догматском приступу оповргавању Грубишених процесуалистичких поставки заправо лежи у закључку који он, за разлику од других аутора, одлично примећује и на њега апокалиптички упозорава: “теза да је суд једини субјект утврђивања истине нужно води до заступања официјелности и истражне максиме у судском поступку” што нас неизоставно ставља “пред следећу дилему: или да заступајући начело тражења (материјалне) истине заступамо и појачане инквизиторске елементе, или да се у име диспозитивности и акузатонности одрекнемо начела (материјалне) истине.”¹³⁴

Да ли нас овако постављена дилема оставља у положају Буридиновог магарца или нам, за разлику од Архимеда, при руци стоји полука којом ствар можемо покренути? Угаони камен, као и Грубиша, препознајемо у процесноправном контексту утврђивања чињеничног стања. То значи да делимо мишљење да се као утврђене могу сматрати само оне чињенице које су утврђене судском одлуком. С друге стране, то такође значи “да се не могу сматрати као утврђене оне чињенице које пролазе (ма колико уверљиво) из резултата доказа и резултата поступка уопште, али за које суд, који је позван

¹³² М. Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку*, Наша Законитост, бр. 6/1982, стр. 107.

¹³³ А. Узелац, *op.cit.*, стр. 153.

¹³⁴ *Ibid.*, стр. 153.

да их утврђује, није извео свој закључак да оне постоје.”¹³⁵ Дакле, утврђено чињенично стање треба тражити у судској одлуци а не у резултатима доказа, списима или тврдњама странака и других учесника. Јер, у систему који установљава да се поступак окончава одлуком суда потпуно је ирелевантно како остали актери у процесу (или јавност) доживљавају резултате доказивања односно како је неко други “оценио сакупљене доказе” или “за себе самог утврдио чињенично стање”. Докле год се кривични поступак буде окончавао образложеном одлуком у којој суд излаже утврђено чињенично стање на које је применио материјалноправне прописе, дотле ће суд бити једини субјект који чињенице утврђује. Ова реалност представља непропусну брану прозелитском деловању континенталноевропских конвертита: због тих се граница може жалити, оне се могу сматрати “отуђујућим”, али се никако не могу прескочити. *Hic Rhodus, hic salta!* И зато је франгментарно инкорпорирање појединих англо-америчких процесних решења у структуру мешовитог поступка унапред осуђено на неуспех: калем или закрпа не пријањају на творевине ове врсте. За постизање циља којем европски реформатори толико стреме потребно је нешто више, али о томе ће се детаљније говорити у поглављима која долазе.

5. Post scriptum

Издавање учења о чињеницама у самостални и заокружени теоријски систем, видели смо, релативно је скоријег датума. Пре тога се материја из ове области углавном износила у оквиру излагања о доказима или, као код старијих аутора, у оквиру излагања о материјалној истини. Интересантно је да се полемика којој смо посветили претходне странице није значајније одразила на јуриспуденцију у Србији. Васиљевић, њен неоспорни ауторитет, ствар је посматрао из старе визуре: о “посебном значају утврђивања чињеница у кривичном поступку” говори он у оквиру поглавља “Докази и доказивање уопште” као и у оквиру “начела истраживања материјалне истине”, инкорпорираног у одељак о “основним процесним начелима у вези са доказивањем”.¹³⁶ Његову научну заоставштину оберучке је прихватио Грубач, извесно време наш најугледнији процесуалиста, али је у љубоморном чувању готово и није увећавао. Идентично, међутим,

¹³⁵ М. Грубиша, *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку*, *Наша Законитост*, бр. 6/1982, стр. 97.

¹³⁶ Видети Т. Васиљевић, *op.cit.*, стр. 270 – 290.

поступају и данашњи научни ауторитети. Тако се код Шкулића може наћи штошта корисног о структури трошкова кривичног поступка, о врсти и редоследу постављања питања сведоцима, о начину испитивања заштићеног сведока и разним другим прозаичнијим манифестацијама кривичног поступка, али ништа о питањима о којима смо напред расправљали.¹³⁷ Теорије о чињеницама и Бејатовић третира као питања нижег реда, дакле искључиво у оквиру излагања о доказима.¹³⁸

Изузетак у овом контексту предствља Ђурђић који се у својој новој књизи експлицитно изјашњава о свим наведеним питањима.¹³⁹ Иако је “утврђивању чињеница у кривичном поступку” посвећен посебан параграф, приметан је уздржан приступ у одређивању значаја учења о чињеницама. Ипак, у току тог излагања сазнајемо да аутор незнатну предност даје термину “правно релевантне чињенице”,¹⁴⁰ те да сматра да се “чињенице важне за поступак утврђују непосредним опажањем или доказивањем.”¹⁴¹ Оправдање потоње диференцијације оригиналније је од Крапчевог, а засновано је на суптилној и у теорији слабо примећеној разлици између *утврђивања чињеница* и *утврђивања чињеничног стања*.¹⁴² Чињенично стање, (и) по овом аутору, чини скуп одлучних чињеница.¹⁴³ Утврдити, пак, у процесноправном смислу „неку за поступак важну чињеницу значи“ – сматра Ђурђић – „уверити се (установити) да она постоји или не постоји из правно допуштених извора и начина сазнања, и то ауторитативно прогласити у одлуци судског или другог надлежног органа који води кривични поступак.“¹⁴⁴ Из изнетог извлачимо закључак да аутор сматра да се чињенице које чине чињенично стање (одлучне чињенице) утврђују искључиво доказивањем, док се друге за поступак важне чињенице (чињенице индиције и помоћне чињенице) могу, поред доказивањем, утврдити и непосредним опажањем органа који води процес.

¹³⁷ Видети М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет у Београду, Београд, 2012.

¹³⁸ Видети С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2010, стр.283-298.

¹³⁹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр.241-246.

¹⁴⁰ Новину у погледу термилошког питања могло би представљати позивање на појам правних чињеница који даје општа теорија права.

¹⁴¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 243.

¹⁴² Видети В. Ђурђић, *Утврђивање чињеница у кривичном поступку*, Правна ријеч, Удружење правника Републике Српске, бр. 37/2013, стр. 475-488.

¹⁴³ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 245.

¹⁴⁴ Ibid., стр. 244.

Но, питање које је за наш контекст најбитније свакако се односи на субјекте утврђивања чињеница. Овај теоретичар аподиктично саопштава да чињенице утврђује суд и за то нуди више плаузабилних аргумената. Централну поруку препознајемо у следећем фрагменту: “..власт одлучивања о основаности казненог захтева има само суд, па он мора имати и овлашћење да коначно утврди постојање свих правно релевантних чињеница на којима се та одлука заснива. Зато се може рећи да *суд утврђује чињенице* у кривичном поступку. Процесне странке и бранилац му само помажу да стекне уверење о постојању чињеница важних за поступак...Њихово уверење да неке чињенице постоје, макар било и вишег степена него судијско, још не значи да су те чињенице утврђене. Потребно је да уверење о постојању чињеница стекне суд, да би биле утврђене и постале чињенична подлога судске одлуке.”¹⁴⁵

Да рекапитулирамо. У области хуманистичких наука давно је распршена заблуда која је историји идеја приписивала непомићност: свако доба има свој начин читања и слављења дела и аутора, остављајући по страни њихове доприносе које ће друге генерације можда поново открити. Тако данашњи проповедници плурализма и релативизма у Бауер/Крапчевој теорији о чињеницама у кривичном поступку препознају димензију која нужно води схватању да правно регулисане процедуре и једнакост шанси да се постигну повољне одлуке утемељују легитимност правно обавезујућих одлука - схватању које полако али сигурно потискује староевропски модел у чијем је средишту било уверење о исправности (истинитости, праведности) садржаја одлука. Своје крајње исходиште (у кривичном процесном праву) ово схватање има у доживљавању поступка као спора и самим тим и егзалтацији англо-америчких процесних форми. Али, с друге стране, докле год одлуку у двостепеном кривичном поступку буде доносио расправни суд у образложеној одлуци (а не порота чија се необразложена одлука не може побијати) чињенице у кривичном поступку утврђиваће само суд у својој пресуди. Па макар то подразумевало и, као што се прибојава Узелац, опстајање истражне максиме у кривичном поступку.

¹⁴⁵ В.Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 243.

Биланс је, дакле, следећи: прихватимо ли постулате противника начела тражења истине да промулгирање суда у јединог субјекта утврђивања чињеница у судском поступку имплицира деловање истражне максиме кроз коју, опет, незадрживо пулсира *начело истине*, морамо закључити да судбина некада врховног, а сада презреног начела још није запечаћена. И што је још важније, *о овом закључку се неизоставно има водити рачуна приликом сваког обликовоња кривичног поступка.*

IV. ГЕНЕАЛОГИЈА КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ ФОРМИ

1. Увод

Царед Дајмонд је историју света згодно упоредио са главицом црног лука чије би слојеве, пошто је савремени свет само спољна љуска, ваљало љуштити у потрази за историјским објашњењима.¹⁴⁶ Аналогно томе, да би могли правилно вредновати постојеће кривичнопроцесне облике потребно је да се, барем у кратким цртама, подсетимо њихове повести. Употреба прошлости у конкретном случају има два циља: а) разумевање форми-предака како би се разумеле неке особине савремених кривичних процедура и б) проналажење доказа у прошлости за одређене уопштавајуће хипотезе о начину на који функционишу модерни поступци. Дакле, генеалогичка линија коју ћемо пратити требало би да нам омогући да кроз сумаглице вијугавих путева историје уочимо заметке онога што је данас стигло до цветања. При томе, историју нећемо посматрати као прогресивни марш у правцу усавршавања вредности и савладавања грешака и предрасуда из прошлости. Своју наклоност ћемо радије уделити Фукоовој методологији, по којој се историја ствара у сукобу сила у којем се срећни и несрећни догађаји, праћени бескрајним низом случајности, на неочекивани начин комбинују обликујући институције и вредности. Као и хоризонт на Андима – да се послужимо једном Фергусоновом метафором - историја није равна узлазна линија него низ на зубљених литица, неправилних врхова и долина. Да би то пластичније осветлили послужићемо се примером из прошлости, из времена када је још увек апсолутистичка Француска пружала активну подршку америчком рату за ослобођење. Наиме, просветитељство је у овој земљи упалило бакљу великог сјаја којим су наговештени путеви будућег прогреса, правде и унапређења знања. Дела француских *филозофа*¹⁴⁷ створила су интелектуалну климу у којој је потпора америчким борцима за слободу у широким народним масама дочекана као логична и очекивана акција. Међутим,

¹⁴⁶ Ц. Дајмонд, *Микроби, пушке и челик – судбине људских друштава*, Досије и Службени лист СЦГ, Београд, 2004, стр. 9.

¹⁴⁷ Термином “филозофи” заједнички се означава група француских мислилаца из XVIII века: Ламетри, Дидро, Волтер, Д'Аламбер, Грим, Хелвеције и Долбах.

они који су помоћ davали (аристократе) нису били под утицајем филозофске екстазе - веровали су у монархију и уопште нису били склони републикама и револуцијама. Али су њих гонили други пориви: жудели су да се Француска освети Енглеској. Ако се побуна настави, рачунали су, Француска ће све више јачати а Енглеска слабити. Добијање помоћи (у топовима, пушкама, баруту и опреми за 25.000 војника) директно је допринело да “побуњеници” 4. јула 1776. године објаве Декларацију о независности. Енглеска је, гневна због ове помоћи Америци, ушла у рат са Француском. Склапањем мира 1783. године Француска је победила, али је захваљујући овом сукобу банкротирала доспевши на корак од револуције. Феудална Француска нестала је помажући успостављање демократије у Америци.

Кривични се поступак, као мисаони одраз датих друштвених прилика и историјских збивања, увек изграђује према тренутним могућностима једне заједнице на одређеном степену њеног развоја. То значи да је нормирање кривичнопроцесних облика увек рефлексија дате историјско-политичке ситуације. У том смислу се сваки кривични поступак, по својим интенцијама и начину решавања проблема, показује као дете свог времена. Процесноправне норме касније еволуирају, мање или више успешно прилагођавајући се новим историјским приликама. Тако се за кривични поступак може рећи исто оно што је Спенсер рекао за живот: он је непрестано прилагођавање унутрашњих односа спољним односима. Дакле, ниједан од постојећих типова поступка није створен одједном и изједна, на начин на који је легендарни Ликург законе подарио Спартанцима, нити су они резултат поштовања крутих правила струке. Да би ово објаснили искористићемо једну Декартову метафору. Потребу за стварањем једне нове и опште науке овај филозоф је илустровао сликама из архитектуре. Упоредио је грађевине које је започео и довршио само један архитекта са онима око којих се више њих трудило да их скрпи, служећи се старим зидинама некада подигнутим у другу сврху - и увек је налазио да су прве лепше. Зато је закључио да дела састављена из више делова и створена од руку више различитих мајстора нису савршена као она која је извео само један једини. “Тако су и древни градови” – објашњавао је своје уверење - “који су у почетку били само трговишта, да би током времена постали велеградови, обично веома лоше саграђени у односу на оне правилно зацртане вароши што их уобразиља неког инжењера изводи у равници. И премда се”, поентира Декарт, “на старим грађевинама може запазити исто

толико или још више уметности него код нових, ипак када се погледају онако распоређене, овде велике, тамо мале, и како утичу да улице буду криве и неједнаке, пре би се могло рећи да их је онако распоредио случај него воља умом обдарених људи.”¹⁴⁸ Такав је, на пример, случај са чувеном Анђеоском тврђавом у Риму која је првобитно направљена као Хадријанова гробница, да би неколико векова касније силом историјских прилика била претворена у одбрамбену тврђаву. И као што се архитектонске особености овог утврђења не могу објаснити без познавања генезе његовог настанка, тако се ни главне особине савремених кривичнопроцесних форми не могу до краја разумети без познавања њиховог порекла. Или како је то красноречиво објаснио Монтескје: “Када сам био позван да се вратим древној старини, настојао сам да откријем њен дух како не бих сматрао сличнима стварно различите случајеве, те како ми не би промакле разлике међу случајевима који изгледају слични.”¹⁴⁹ Зато смо једноставно приморани да застанемо и запитамо се како је дошло до стварања процесних облика које данас хвалимо или критикујемо.

Бацимо, дакле, поглед на почетак!

2. Англо-амерички кривични поступак

Уводне напомене налажу да излагање о англо-америчком поступку не почињемо *medius res*, Хорацијевом општом методом, него из почетка, од Гибонове реконструкције варварског освајања римске провинције Британије: “Пробијајући себи пут споро и мучно, Саксонци, Англи и њихови разни савезници напредовали су са севера, истока и југа, све док се њихове победничке заставе нису ујединиле у средишту Острва”.¹⁵⁰ Освајачи су одлично познавали руковање веслом и ратном секиром, али нису познавали писмо којим су једино могли овековечити славу свог подвига, тако да се њихово несигурно предање готово сасвим угасило пре него што су римски мисионари обновили светлост науке и хришћанства. Варварским освајањем Британије, веровао је Гибон, сужене су не само границе Империје него и границе науке: “Тамни облак који су разбила феничанска открића, а коначно развејала Цезарова војска, поново се надвио над

¹⁴⁸ Видети Р. Декарт, *Расправа о методи*, ИТП Унирекс, Подгорица, 2008, стр. 147.

¹⁴⁹ Ш. Монтескје, *op.cit.*, стр. 6.

¹⁵⁰ Е. Гибон, *Опадање и пропаст Римског царства*, Службени лист СРЈ, Београд, 1996, стр. 459.

обале Атлантика и римска се провинција још једном загубила међу легендарним острвима у Океану.¹⁵¹ Мистерија стварања правила кривичне процедуре која су, кад су се испод Гибоновог тамног облака појавила, за континенталне теоретичаре постала непресушно врело идеја за решавање нагомиланих проблема у примени мешовитог кривичног поступка, предмет је овог одељка.

При разматрању порекла и данашњег карактера англо-америчког поступка настојаћемо да тежимо перспективи и његовом разумевању у времену, да га сагледавамо у целини, али и у богатој разноврсности његових битних елемента. Зато ће портретисање овог поступка унеколико подсећати на портрет надвојводе Фердинанда који је, будући још у младости слабашан, остао ниска раста, мршав и неугледан, али велике главе, крупног носа, дебеле доње усне и јако истуреног подбратка, због чега је одавао утисак закржљалог изданка моћне хабсбуршке лозе који је на себи сачувао све њене карактеристичне појединости. Јер, комплетан увид у генезу англо-америчког поступка, као и продирање у све позадинске димензије духа времена, илузорно је очекивати. А с друге стране, како примећује Монтескје, ко би могао да каже све а да не буде смртно досадан? Стога ћемо следити Херодотово упутство и покушати да опишемо само оно што је вредно да се види. Но, пре него што се латимо тог пријатног посла потребно је учинити две опште напомене.

Прва се односи на архаичност и континуитет англосаског акузаторског поступка. Његова историја може се пратити унатраг све до шестог века, када се појављује у стању једва разветне клице. Током многих векова у њему су се мешали утицаји старогерманског, римског и канонског права (које је дошло с покрштавањем у VI веку), као и права ствараног кроз праксу краљевских судова после норманског освајања Острва (1066). Истицање ове значајне околности у први план наводи нас, као и неке друге, на закључак да је суптилан осећај за праћење постепене акумулације друштвеног искуства и обичаја израженија црта англо-америчког судског поступка од страначког диспонирања процесом или истанчаних финеса доказних правила.¹⁵²

¹⁵¹ Е. Гибон, *Опадање и пропаст Римског царства*, Службени лист СРЈ, Београд, 1996, стр. 461.

¹⁵² Тако Ј. Роскок, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, 1967, цитирано према М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 45.

Друга напомена се тиче отпорности енглеског права на римске утицаје. Њега је мимоишла „романизација“ која је у виду рецепције римског права погодила континентално средњовековно право. „Истина је да смо примили римско право“ писао је задовољно Холдсворт, „али у малим, хомеопатским дозама, у различитим раздобљима и само кад је то било потребно; стога је оно на наш правни систем деловало као тоник, а не као медикамент или чак отров.“¹⁵³

2.1. Једностепеност поступања

Ехо једностепеног одлучивања још увек одзвања савременим англо-америчким поступком. Ову особину могуће је објаснити једино генетичко-историјским приступом проблему, јер је еволуција акузаторског типа поступка најпотпунији пример малопређашњег упоређивања историје са главицом црног лука. Приврженост одлучивању на једном нивоу власти одблесак је развоја управне организације у земљама англо-америчке правне традиције. Англо-саксонским освајањем острва рационална римска управа замењена је германском племенском организацијом. Освајачи су живели у малим сеоским заједницама и о свим питањима, укључујући и правосудна, одлучивали на повременим јавним окупљањима пуноправних (“слободних”) чланова одређених територијалних целина – општина (*hundreds*) и округа (*shires*). Већину управних и судских послова обављао је *sheriff*, којег су на чело округа постављали властелини или краљ. Тако је било све до доласка следећих освајача, Нормана, чије запоседање острва у једанаестом веку представља један од најзначајнијих догађаја у енглеској историји. Нормански краљеви су почели с изграђивањем релативно софистициране управе, али је тај посао остао недовршен као књига којој недостаје последња страница.¹⁵⁴ Једнако је било и са процесом изградње правосудне организације. Норманским освајањем није укинута постојеће устројство. Тек сто година касније почела су значајнија гибања на релацији краљеве путујуће судије – шериф. Ипак, процес рационализације и бирократизације правосудног система није доведен до краја. Краљевска власт је успоставила један ниво централних судова за предмете од највећег интереса за земљопоседнички слој,

¹⁵³ Holdsworth, *History of English Law*, citirano prema G. Williams, *The Proof of Guilt – A Study of the English Criminal Trial*, Stevens & Sons Limited, London, 1955, str.10.

¹⁵⁴ Прави изазови чекали су Виљема Освајача и његове наследнике тек после освајања Енглеске. Јер, покорено англо-саксонско племство, навикнуто на потпуну независност од централне власти, давало је жилав отпор централизацији земље.

препустивши остало локалним племићима који су, иако су деловали на основу краљевог овлашћења, правду углавном спроводили без ичијег надзора и мешања. Стога у Енглеској од најстаријих времена постоје две врсте судова: локални и краљеви. И што је још важније, однос између њих није био однос субординације, него однос координације. Они су међусобно били конкурентни, надлежност им се преплитала и нису имали заједничке више инстанце. Дакле, централизација која је започела с норманским освајањем Енглеске није резултирала стварањем хијерархијске структуре судске власти. Механизми редовног надзора од стране вишег тела, толико значајни за црквену власт и инквизиторски поступак, нису се развили. Важност локалних судова додатно је порасла с појавом установе мировних судија - лаика, који су од прве половине четрнаестог века имали овлашћење да на подручју својих грофовија брину о јавном реду и миру тако што учиниоце кривичних дела могу притворити до доласка краљевог „путујућег судије“. Но, већ у другој половини истог века ове судије су добиле овлашћење да и саме суде у најмање четири годишња заседања (тзв. судови кварталних заседања).¹⁵⁵ Током времена организација енглеског судства постајала је све компликованија, због чега су његове системске мањкавости бивале све очигледније. Најкрупнији недостаци односили су се на непостојање другостепених судова, преплитање надлежности и неуједначено поступање пред различитим судовима. Довољно је споменути да су из *curia regis*, колективног тела које су чинили краљ и његова пратња, хоризонталном управном диференцијацијом настала три суда с међусобно разграниченом надлежношћу: Суд опште надлежности, Суд већа државне благајне и Суд краљевог стола. Ништа мања разуђеност постојала је и на нивоу локалних судова.¹⁵⁶ У овом контексту је прикладно подсећање на Томаса Старкија, енглеског политичког мислиоца из XVI века, који је шарену и пегаву природу енглеске правосудне организације у својим трактатима редовно квалификовао као систем без реда и циља који у свему заостаје за уређеним континенталним правом.¹⁵⁷ Треба, ипак рећи да је наведено мишљење у Енглеској спадало у изузетке. Дифузну природу судске организације Енглези нису узимали за ману. А чак и кад би то она објективно била, опет би – по

¹⁵⁵ И данас мировне судије упоредо и у организационом смислу независно од судова круне обављају судску функцију у кривичним предметима.

¹⁵⁶ Постојали су судови грофовије (*county courts*), судови центене (*hundred courts*), судови властелинстава и градски судови.

¹⁵⁷ О томе више G. Williams, *The Proof of Guilt – A Study of the English Criminal Trial*, Stevens & Sons Limited, London, 1955.

њиховом уверењу – представљала жртву вредну борбе против централизације краљеве власти.¹⁵⁸ У том смислу важну тачку представља осамнаести век у којем је индустријска револуција била најосновнији процес а политичка борба најузбудљивија драма. Краљ Џорџ III је на разне начине читаву једну деценију обезбеђивао себи стварну превласт над парламентом. У запаљивом политичком вртлогу најзапаљивија су била „Јунијева“¹⁵⁹ писма. „Слобода штампе“ – стајало је у једном од њих – „је окриље свих грађанских, политичких и верских права једног Енглеза; а право пороте...битан је део нашег устава...Власт краља, Дома лордова и Доњег дома није самовољна. Они су повереници, не власници имања. Феудно добро се налази у НАМА...Сигуран сам да нећете дозволити да седам стотина особа, које је Круна очито покварила, одлучује о томе да ли ће седам милиона њима равних бити слободни људи или робови.“¹⁶⁰

Северна Америка је била прекоморски продужетак Енглеске, који је у својој младости смерно учио од матице, па је разумљиво да се и тамо формирао сличан облик управно – судске организације. Први досељеници били су тесно везани за енглески језик и националну традицију. Довољно је да се подсетимо да је трећи амерички председник, Томас Џеферсон, желео да на велики државни печат Сједињених Држава стави реплику Хенгиста и Хорса, првих саксонских вођа који су се искрцали у Британију и започели њено освајање. То је објашњавао чињеницом да Американци имају част да су потомци славних освајача, *од којих су примили своје политичке принципе и облик владавине.*¹⁶¹ Дамашка, на пример, указује „да је у Америци, ако је икад и постојао општи политички консензус, онда то била – и можда још јесте – одбојност према бирократији, хијерархијској организацији власти и схватању права као техничке дисциплине, дакле одбојност према основним карактеристикама хијерархијског модела.“¹⁶² Стога је разумљиво да је амерички процесноправни систем грађен на поротном одлучивању.

¹⁵⁸ “Смртно сам болестан” – говорио је Џорџ II на крају своје тридесеттворогодишње владавине – “од свих тих глупости и од свег срца желим да ђаво однесе све ваше бискупе, да ђаво однесе све ваше министре, да ђаво однесе ваш Парламент и да ђаво однесе цело острво, под условом да се ја ишчупам и одем у Хановер.” (В. Дјурант, *Русо и Револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 703.).

¹⁵⁹ Претпоставља се да иза овог псеудонима - средњег имена Луција Јунија Брута који је око 510. п.н.е. свргао краља и основао Римску републику - стоји сер Филип Франсис.

¹⁶⁰ Junius, *Letters*, 3-6, цитирано према В. Дјурант, *Русо и Револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 711.

¹⁶¹ Видети П. Гири, *Мит о нацијама*, Цензура, Нови Сад, 2007, стр.16.

¹⁶² М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 47.

Штавише, право на поротно суђење уграђено је у амерички устав и на тај начин заштићено од евентуалних законских реформи. То објашњава и чињеницу да су расправне судије дуго времена биле аматери, те да се и данас судијска специјализација пре сматра маном него врлином.

Лако је приметити да је англо-амерички правни систем задржао одређене карактеристике *традиционалног типа власти*.¹⁶³ У овом систему управни апарат има далеко подређенију улогу него у систему рационалне (бирократске) власти. Ово се најрељефније оцртава на обележјима *сталешке власти* која, по Веберу, представља један од два карактеристична облика управног апарата традиционалне власти. У том систему чиновници нису личне слуге господара, већ независни људи коју уживају друштвени углед захваљујући властитом положају (сталежи). Њихова управа је релативно аутономна: они се обавезују на послушност господару, али су у оквиру својих привилегија заштићени од његове самовоље. Између носилаца службе постоји конкуренција око подручја која потпадају под њихову власт и око прихода у вези с вршењем власти. Оваквом апарату недостаје категорија дисциплине а изграђивање хијерархијског поретка се најчешће разбија привилегијама.¹⁶⁴ Заједничко обележје традиционалних облика власти јесте одсуство формалног права тако да у процесу одлучивања доминирају материјални принципи (*праведност*). Англо-амерички правни систем и данас прожимају 1) тзв. „кадијина правда“, под којом су Шмит и Вебер подразумевали одлучивање засновано на одређеним етичким или другим практичним вредносним судовима и 2) „емпиријска правда“ под којом се разуме одлучивање позивањем на аналогне случајеве и тумачењем ранијих конкретних пресуда.

Како ће, дакле, један континентални правник разумети систем правних лекова у *common law* систему? Дамашка препоручује да на англо-америчке правне лекове гледамо као на одраз трајне привржености једностепеном одлучивању на који су током

¹⁶³ По Веберу, легитимна власт може бити рационална, традиционална и харизматска. Видети М. Вебер, *Класе, сталежи и странке* код М. Ђурић, *Социологија Макса Вебера – Преводи из Веберовог дела*, Напријед, Загреб, 1987, стр. 341-373.

¹⁶⁴ Опширније о томе М. Вебер, *Бирократија* у М. Ђурић, *Социологија Макса Вебера – Преводи из Веберовог дела*, Напријед, Загреб, 1987, стр. 397.

времена рђаво лепљени елементи хијерархијског испитивања.¹⁶⁵ И заиста, праву на жалбу не придаје се значајније место у англо-америчкој кривичној процедури. У том је систему још увек пожељно да поступак буде завршен доношењем одлуке првостепеног органа. Положај изворних доносилаца одлуке прегнантно дочарава успела Дамашкима метафора која их пореди са олимпијским боговима, моћним и слободним, премда у благом облику подређеним Зевсу.¹⁶⁶ Овакав значај првостепених одлука последица је а) типа управне организације у чијем окриљу се развијао англо-амерички акузаторски поступак и б) *поротног суђења*, о чему ће касније бити речи. У том управном апарату, видели смо, не постоји кристализовани однос између нижих и виших нивоа власти. Службеници „различитог“ нивоа сличног су угледа и моћи. У енглеском правосудном апарату ни данас готово да не постоји напредовање у служби, нити би оно донело осетнији финансијски ефекат.

Савремени облици англо-америчког поступка одају атавистичку црту изражену у карактеристичном „сабијању“ процеса на главну расправу, уз коју припремни и жалбени поступак делују скоро декоративно. И ту централну, господарећу фазу поступка одликује висок степен концентracије. Процес се ослања на усмену расправу, сведочење уживо и континуирано трајање. У осамнаестом веку порота се још увек није састајала због једног суђења, као данас, него ради једног заседања које је трајало по неколико дана и у току којег је расправљано о више случајева. Раправе су биле изразито кратке и ретко када су, рачунајући и већање и гласање пороте, трајале дуже од пола сата. Једноступеност поступка сматрана је врлином вредном хвале због чега је и Томас Смит у афирмативном контексту истицао да у енглеском краљевству нема „одгајајућих жалби“.¹⁶⁷

Одсуство правних лекова у кривичним стварима у којима је судила порота у одређеном смислу је повезано са забраном двоструке угрожености (*double jeopardy*). Наиме, у средњовековном енглеском праву окривљени се, након што му је прочитана оптужница, морао изјаснити о кривици (*guilty* или *non guilty*). Уколико би се одлучио на

¹⁶⁵ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 62.

¹⁶⁶ *Ibid.*, стр. 28.

¹⁶⁷ Видети L. Dufraimont, *Evidence Law and Jury: A Reassessment*, 53 McGill Law Journal 199, 2008, str. 201-242.

порицање кривице морао се изјаснити о начину на који жели да му се суди. Одговор „*by God and my country*“ значио је сагласност да му суди порота. Порота је схватана као супститут Божјег суда, у његовом пуном значењу. Уместо коначног и ћудљивог исхода доказивања ордалијама (божјим судовима) окривљени се препуштао исто тако коначном и можда једнако ћудљивом расуђивању дванаесторице. Стога је важио принципијелан став да се окривљени, ако се једном добровољно подвргао да му суди порота, „не сме довести у животну опасност више него једном за исто кривично дело“. У таквом се контексту свако преиспитивање пресуде, особито ослобађајуће, доживљавало као нова, неправична, и двострука инкриминација, а не као пуки наставак изворног поступка.

Напред изнето објашњава зашто у англо-америчкој кривичној процедури поступак по правном леку није прерастао у редовно очекивану даљу фаза поступка као што је то случај у његовом континенталноевропском пандаму. Овај другостепени поступак, по својој природи, више подсећа на ванредно правно средство или нови судски поступак. Нама познати обим жалбе из мешовитог поступка овде је редукован на проверу исправности примене правних прописа. Тачност чињеничне основице пресуде по правилу не доспева у фокус другостепеног суда.¹⁶⁸ Овој ригидној поставци супроставља се гипкост праксе тако што се индиректно, на пример позивањем на погрешна упутстава која је расправни судија дао пороти у погледу права о чињеницама, под плаштом побијања правних погрешака напада чињенична основица поротничког праворека. Али домишљатост коју пракса испољава ипак није таква да би могла озбиљније утицати на природу англо-америчког другостепеног поступка. У англо-америчкој кривичној процедури првостепена пресуда се доживљава као презумптивно коначна и може се нападати само због најдрастичнијих (правних) погрешака. Постојање свеобухватне провере од стране више инстанце озбиљно би подрило *харизматски карактер* одлуке којом је спор решен и довело би до смањења значаја главне расправе и сразмерног повећања значаја поступка по жалби. Другим речима, дошло би до разређивања

¹⁶⁸ Значајно обележје енглеског другостепеног поступка представља ограничена функционална надлежност Жалбеног суда: она зависи од претходне оцене самог инстанцијског суда или првостепеног суда о томе је ли предмет уопште прикладан за разматрање по правном леку. Тако, особа за коју је крунски суд (заједно с поротом) утврдио да је крива и донео осуду (*conviction*) може против ње поднети призив без претходне дозволе само због неког правног питања, а због чињеничног или тзв. „мешовитог питања“ само уз претходну дозволу расправног судије крунског суда или самог Жалбеног суда. На тај се начин број жалби о којима се расправља пред вишим судом драстично смањује.

„згуснутог“ адверзијалног поступка у две подједнако важне етапе. Али то би значило и снажне структуралне притиске. Наиме, ограничене могућности преиспитивања омогућавају одсуство јасних и опсежних образложења првостепене одлуке. Свеобухватно хијерархијско преиспитивање, међутим, захтева исцрпна образложења (јер, како би друкчије било ефикасно!), што би се рефлектовало на организацију читавог главног стадијума.

Очигледно је да закржаљали поступак по правним лековима није најбољи громобран од погрешних одлука и да надање у њега представља слабу монету. У таквом процесном амбијенту странке само у току првостепеног поступка у пуном обиму могу утицати на процесна збивања. Због тога у англо-америчком поступку процесна средства која треба да осигурају правичност донете одлуке не следе првобитну одлуку већ јој претходе. Тако процесна погрешка причињена у раној фази може стога довести до захтева да се расправа прекине и да поступак почне изнова (тзв. *mistrial*).¹⁶⁹

Да рекапитулирамо: жалба вишој инстанци је у англо-амерички кривични поступак уведена када су његове главне карактерне црте већ биле формиране¹⁷⁰ и није искоренила схватање да се одлуком пороте окончава спор. Англо-америчко правосуђе је и

¹⁶⁹ Видети С. Бекер, *Жалба у казненом поступку у САД: преиспитати или непреиспитати пресуду – очигледна погрешка, нешкодљива погрешка и ризик повећања казне по жалби*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2008, стр. 343-356.

¹⁷⁰ У Енглеској је 1907. године донет *Criminal Appeal Act* којим је установљено право на жалбу у кривичним стварима. Повод за сумњу у „светост одувек постојећег поретка“, тј. за наведену иновацију, представљао је антологијски случај Адолфа Бека. Ствар је текла овако. Извесни Џон Смит, енглески јеврејин, исказивао је ретку способност да, пошто се лажно представи, стекне наклоност поводљиве даме која се потом, усхићена лажним чеком који би добила, одлучивала на одређене акте на штету своје (а у корист његове) имовине. Кад је најзад долијао, овај је обешењак осуђен на три године затвора (1877). Деценију и по касније опет су се почеле низати истоврсне преваре. Суд је у Алфреду Беку, Норвежанину немирног духа, препознао не само кривца него и чувеног Џона Смита. Узалуд се одбрана трудила да докаже да се не ради о једној особи, да је Бек у инкриминисано време боравио у Јужној Америци и да се рукопис на спорним чековима знатно разликује: једанаест преварених жена аподиктично је тврдило да је баш Бек варалица. Иначе, он је ухапшен тако што га је најупорнија међу њима, гђа *Messiohier*, препознала на улици и пријавила. Бек је осуђен на седам година затвора а казну је служио у истој ћелији у којој је био и Џон Смит. Но, ствар се није свршила на оване. Ентузијазам је Бековог браниоца довео до открића да је Смит Јеврејин који, по евиденцији затворског лекара, на телу носи знак Мојсијевог закона који Бек нема. И поред тога није успео исходити обнављање процеса. Против Бека је ишла чињеница да су са његовим хапшењем преваре стале. Године 1901. Бек је пуштен на условни отпуст и преваре исте врсте су се поново почеле догађати. Бек је поново ухапшен и на суђењу 1904. године свих пет преварених жена су га препознале као учиниоца. У међувремену, док је био у притвору, серија превара је настављена. Учиниоца је ухапшен и идентификован као Џон Смит. Сведоци који су раније теретили Бека одмах су у Смиту препознали учиниоца.

после увођења механизма за преиспитивање одлука од стране вишег суда сачувало наклоност према пресуђивању на само једном нивоу власти.

2.2. Надзор странака над поступком

У судском се поступку, за разлику од осталих *релација сукоба*, конфликт решава интервенцијом трећег: дијада се претвара у тријаду.¹⁷¹ Однос између процесноправних субјеката другачије се диференцира у различитим врстама процедура за примену права (кривичним, грађанским или управним). Акузаторски кривични поступак, слично грађанском процесу, карактерише снажно изражена страначка диспозиција. Наведена особина по правилу у поступак уноси црту „властитог, рискантног подухвата, нарочито за тужиоца.“¹⁷² Савремено англо-америчко процесно право, дакле, изграђено је на схватању кривичног поступка као инструмента за решавање спорова. У својој најогољенијој схеми акузаторски поступак представља *ритуализацију сукоба равноправних странака пред непристрасним судом*. Свођењем кривичног поступка на *спор између две личности* („од којих је једна чак безлична личност, која се зове Држава“¹⁷³) центар гравитације доказне иницијативе остаје на странкама. Адверзијални поступак објективности тежи помоћу субјективности, тако што конфронтира две супротне субјективности. Овај се, дакле, поступак одликује доктринарним афинитетом према конфликтном начину утврђивања чињеница: носиоци супростављених хипотеза уједно су и носиоци доказне иницијативе. Пропулзивну снагу процеса представља жива полемика диспутаната, одлучних да се пред судом изборе за победу своје верзије догађаја о којем се расправља. Другим речима, акузаторски поступак почива на процесном начелу контрадикторности у свом најчистијем облику.¹⁷⁴ У тој биполарној процесној структури расправни судија је тек пасивни надзорник процесног двобоја, непристрасан као природа код Тургењева. Али већ овде треба апострофирати значај пороте: слика англо-америчког поступка непотпуна је без овог тела сачињеног од пресуђивача-лаика који „проглашавају

¹⁷¹ Ж. Карбоније, *op.cit.*, стр. 136.

¹⁷² Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 65.

¹⁷³ Ж. Карбоније, *op.cit.*, стр. 136.

¹⁷⁴ На континенту се не сматра да је контрадикторност нарушена ако доносилац одлуке за неке аргументе или чињенице сазна *ex parte* - само од једне странке-под условом да је другој страни накнадно допуштено да те аргументе и чињенице побија; *audiatur at altera pars* је једино што захтева континентални контрадикторни поступак. Насупрот томе, англо-америчко процесно право много је мање толерантно према било којој радњи пред доносиоцем одлуке која се не одвија у присутности обеју странака.

победника“. Јер, управо измештање одговорности за исправност одлуке са судије на пороту представља механизам који омогућава напред описану дистрибуцију функција у поступку утврђивања чињеница.

Конфликтни аспект утврђивања чињеница, који стимулише организација адверзијалног поступка, имплицира широку аутономију странака у погледу питања које ће се чињенице утврђивати у поступку и који ће се докази у том циљу изводити. Процесни противници сами одређују „простор“ у којем ће се борба одвијати. Другим речима, странка је „господар“ сопствене ствари а њена воља детерминишућа.¹⁷⁵ У страначки обликованом поступку, дакле, доминирају „себични“ импулси странака. То је разумљиво, будући да је овај поступак супститут и ритуализација стварне борбе странака. Зато оне, свака са свог краја, сагласно процесном положају и улози, сву енергију усмеравају на поткрепљивање сопствене тезе, не марећи много за неку вишу сврху кривичног процеса. Опхрване тим нагоном, странке често по страни остављају неутралне чињенице и при унакрсном испитивању расветљавају само оно што је њима у интересу. У таквој атмосфери судија може доћи у искушење да испитује и чињенице које нису у фокусу странака. Међутим, удовољавањем властитој радозналости он пробија оквире препирке и ризикује да компромитује своју неутралност. Зато је архитектура акузаторског поступка таква да дестимулише истраживање (чињеница) које би било независно од спора и од интеракције странака. Ако се протагонисти у спору – из само њима познатих разлога – одлуче да игноришу постојање неког правно релевантног приговора, судија нема легитимног основа да самоиницијативно уводи тај приговор у поступак. Он није властан да сузбија аутономију странака у усмеравању процеса, нити сме нагађати који су тактички интереси странака у игри. На пример, иако се у већини кривичноправних система кривица и неурачунљивост узајамно искључују, у правосуђу неких америчких држава суду је још увек забрањено да постојање неурачунљивости утврђује по службеној дужности.

¹⁷⁵ *Концепција аутономије* спроводи се доследно, чак и у ситуацијама кад се због очигледне неспособности једне стране да штити властите интересе (обично окривљеног) доводи у питање само одвијање процеса који је замишљен као надметање странака. Тако, на пример, право окривљеног на самозаступање ће превагнути над другим интересима поступка чак и случајевима кад је његова способност да се сам брани очигледно компромитована. Једнако је илустративан и пример утицаја које странке имају на формулисање питања која се дају пороти. Ако се, на пример, на суђењу за убиство одбрана противи упутству о убиству из нехата, чиме пороти оставља алтернативу да окривљеног порогласи кривим за намерно убиство или га ослободи а лишава је могућности да донесе компромисну пресуду осудом на убиство из нехата, суд ће се по правилу уздржати од таквог упутства.

Окривљени ће у таквој ситуацији, уколико пропусти да истакне приговор неурачунљивости, бити осуђен. Из ове чињенице логично произилази закључак да се у Америци неурачунљив окривљени ипак сматра кривично одговорним. У том контексту Дамашка оштроумно примећује да треба „оставити по страни ситничав одговор да ће успешно истицање одбрамбених разлога редовно довести до поротне изреке „није крив“. Он закључује да је овој околности имплицитно садржано признање да се англо-амерички кривичноправни систем начелно задовољава grubим схватањем одговорности док истанчаније утврђивање одговорности препушта слободној иницијативи странака. „У grubом смислу, неурачунљив окривљени може бити „крив“, но у рафиниранијем смислу – на којем може инсистирати ако хоће – може бити невин“.¹⁷⁶

Високо изражена диспозитивност англо-америчког кривичног поступка има своје историјско и социолошко објашњење. Рудиментарни облици акузаторског поступка почивали су на систему *приватне тужбе* у којем је иницирање и одржавање процеса зависило од *диспозиције оштећеног*. Овакав принцип организовања кривичне тужбе није осигуравао покретање кривичног поступка увек кад је учињено кривично дело. Сваки одустанак тужиоца, мотивисан било каквим разлогом (могуће је на пример да се оштећени споразуме са учиномцем или да га учинилац примора на одустанак од тужбе), значио је парализу репресивног система друштвене заједнице и изостанка кажњавања кривца. Касније, кад се формирала свест о друштвеном интересу репресије, тужбу је у име заједнице могао да покреће и заступа сваки члан друштвене заједнице којој је припадао оштећени.¹⁷⁷ Значајну прекретницу у развоју судског поступка представљала је забрана употребе „божјих судова“ (*ордалија*) у доказивању. Континенталноевропске земље су се повеле за рафинираним црквеним правом, прожетим општим интересом који је пробијао оквири страначке препирке, што се читавало у његовом устројству као једностране

¹⁷⁶ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 119.

¹⁷⁷ Овај систем *популарне тужбе* још увек живи у Енглеској. Формалноправно, кривични прогон у овој држави може вршити свака особа. (Додуше, та делатност данас има израженији јавноправни карактер јер се врши у име круне, тј. у јавном интересу.) Фактички, кривични прогон од свог оснивања у XIX веку у највећем броју случајева врши полиција. Ово је логично, будући да је полиција због своје организованости и опремљености једина у стању да брзо и ефикасно прикупља доказе за потребе покретања кривичног поступка пред судом. Фактичко стање крије једну занимљивост: иако је полиција орган који по правилу врши кривично гоњење о овој њеној дужности не постоји ниједан правни пропис.

службене истраге. Енглеска је кренула другим, својим путем и настали јаз премостила постепеним прилагођавањем постојећих процесних форми захтевима новог времена. Некако баш у време укидања ирационалног доказивања ордалијама довршен је процес трансформације доказне пороте у пресудну, чиме је створена чврста основа за даљи развој адверзијалног поступка. Друкчијем смеру развоја енглеског права у одређеној мери допринело је и неповерење према страним институцијама. Енглески великаши су континуирано пружали отпор романизацији правног система из страха од централизације и јачања краљеве моћи. Други, и по нама одлучујући узрок, јесте спори органски раст *common law* система и његова флексибилност у прилагођавању актуелном социјалном и економском контексту. Једном формирана склоност да своје облике прилагођава друштвеним променама надживела је критичну ситуацију и постала снажна и особита склоност. У том постепеном развоју чини нам се да смо у стању да препознамо кључни „генетски код“ англо-америчког поступка. Божји судови, који су тек од скоро сасвим исчезли,¹⁷⁸ постојали су пре првих цивилизација. Код неких дивљих племена постојао је обичај да тужиоци оптуженог гађају копљима: ако би сви промашили, он би био проглашен невиним; ако би био погођен, макар само једном, био би проглашен кривим *и читава ствар би била окончана*. Понекад се од тужиоца и туженог тражило да бирају између две зделе хране од којих је једна била отрована. Могло се десити да погрешна страна буде отрована, *али тада би се спор завршио пошто су обе стране обично веровале у праведност божјег суда*. Често је примитивни дух прибегавао божјем суду не толико по средњовековној теорији да ће Бог открити кривца колико у нади да ће божји суд, ма како неправедан, *окончати сукоб* који би иначе могао да завађује племе генерацијама. Исту функцију имале су, у ствари, и средњовековне европске ордалије: *по Божјој вољи*, оне су *окончавале спор*. Када су „божји судови“ одбачени као празноверица на њихово место ступила је порота чија се одлука као израз колективне просветљености дванаесторице часних људи почела сматрати коначном и непорецивом истином о спорном криминалном догађају (баш као што је то раније било са „божјим судом“). Овакав положај и доживљавање тела које доноси одлуку омогућио је акузаторском поступку снажну диспозитвину максимуму: кад су странке изабрале „игру“ коју ће играти, задатак судије је био само да надзире да ли се странке придржавају правила игре, а сама игра имала је

¹⁷⁸ Енглески парламент је тек у деветнаестом веку формално укинуо судски двобој.

облик једнодневне епизоде пред судом (*day in court*), јавне расправе на којој би се окупило цело ближе и даље суседство (*country*), које је заједно са поротницима било најбоље упућено у стање ствари.¹⁷⁹ Управо наведено показује како је кратак и узак у неким аспектима распон између примитивног и модерног поступка и колико је кратка његова историја.

Колико је концепција поступка као спора странака гипка и универзална показује њена компатибилост са идеологијом људских права и, што је још важније, са неолибералном политичко-економском доктрином. Неолиберализам се, барем декларативно, позива на идеале људског достојанства и слободе појединца као на централне цивилизацијске вредности. Истовремено он развија тезу да ове вредности у прошлости нису угрожаване само од фашизма, диктатуре и комунизма, већ и од стране свих форми државне интервенције која је наметала колективно мишљење уместо суда појединаца слободних да бирају. Улога државе, према овој доктрини, исцрпљује се у стварању и очувању институционалног оквира за слободу предузетништва, право приватне својине и слободно тржиште. Активност државе не би требало да надилази наведене задатке. Просто речено, неолиберализам подразумева повлачење државе.

Са изнетим концептом потпуно концидира концепт судског поступка као спора странака. Такво поимање поступка са своје стране подразумева паралелну потрагу за доказима. У одсутности службених истражитеља, чини се да томе нема алтернативе. Зато се у англо-саксонском правном амбијенту концепција страначки обликованог кривичног процеса доследно протеже и на претходни поступак. То значи да се процесни кораци могу предузимати неформално и у приватној режији. Рани пример такве мешавине представљао је посао енглеских поседника које је ангажовао елизабетански суд лорда канцелара да испитују сведоке: они су својим послом обично почињали у сеоским гостионицама уз честе епизоде чашћења. Спремност англо-америчког процесног апарата да процесне радње поверава спољним сарадницима је очигледна. Будући да су и сами

¹⁷⁹ О томе видети Д. Крапац, *Енглески казнени поступак*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1995, стр. 91.

пресудитељи лаици, ангажовани да деле правду *ad hoc*, не може бити принципијелног супростављања даљем ширењу те „адхократије“.¹⁸⁰

2.3. Положај судије

Непристрасан и објективан судија, који ове особине црпи из своје пасивности, понос је англо-америчке правне традиције.¹⁸¹ Сукоб странака о историјским догађајима у спору и њиховим правним последицама у англо-америчком поступку распршен је у два фрагмента: на спор о чињеницама (који решава порота) и спор о праву (који решава судија). „*Judex* зовемо судијом“ – објашњавао је Томас Смит у XVI веку Французима – „али је наш начин толико различит да оне који осуде или ослободе неког не зовемо судијама, већ дванаесторицом.“¹⁸² Отуда напред апострофирана пасивност. Англо-америчка процедура судију је сместила у миран угао и на висину, одакле му је отворен поглед на све оно што се ради у низини. Ту, на комотној позицији удаљеног посматрача беспштедне борбе странака, њему није тешко да се одупре пориву за интервенцијом у прибављање и извођење доказа, будући да одговорност за исправност одлуке лежи на пороти.

Поротно одлучивање одређује и друге специфичности судијског положаја. Лаичка природа пороте колико је у једном погледу предност толико је у другим аспектима тешко бреме. Поротници, бирани од чланова локалне заједнице,¹⁸³ не само што не располажу правничким знањем, него често ни просечним могућностима критичког расуђивања. Притом је одвијање спора у потпуности препуштено странкама што захтева постојање сложених процесних правила која уређују понашање протагониста у поступку. За поштовање тих правила, што је врло суптилан задатак, задужен је судија. Другим речима, судија је једна врста модератора судског поступка. Пошто англо-амерички поступак акценат ставља на *процедуралну праведност*, оличену у једнакости странака, на судији је да обезбеди процесну симетрију и равнотежу процесних изгледа за успех. Стога

¹⁸⁰ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр.67.

¹⁸¹ Видети G. Williams, *op.cit.*, стр.16-32.

¹⁸² М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 42.

¹⁸³ Да би случај могла проценити објективније и са више страна порота је састављена од особа различитог образовања, вере, економске моћи и друштвеног положаја.

је пожељно да судија у процес уђе неприпремљен, без конкретних сазнања о предмету расправљања. На тај начин се превентивно сузбија његова интелектуална знатижеља која би могла утицати на ток процеса. Свако, чак и најмање одступање од улоге непристрасног арбитра и уплив у компетативне функције странака, третира се као груба процедурална грешка. Случајеве кад судије директно и детаљно испитују сведоке жалбени судови неумољиво санкционишу апострофирајући да судија треба да се уздржи од испитивања сведока и да то препусти странкама.¹⁸⁴

Неизвесност о томе како ће се спор завршити и иначе чини покретачку силу поступка. Не треба посебно објашњавати какав мотор активности странака представља надметање пред судом (расправним судијом и поротом) који нема никаквих претходних сазнања о предмету расправљања. Поврх тога, англо-амерички судија није ни уско специјализовани правни стручњак. Гесло *iura novit curia* не вреди на англо-америчком правном подручју.¹⁸⁵ Ову традицију прожима уверење да не постоје утврђени правни стандарди који могу обухватити све особености појединачног случаја, због чега се она првенствено ослања на снагу *ad hoc* аргумената. Да би ово разумели довољно је да крајичком ока погледамо америчку јуриспруденцију, заокупљену питањем како судије пресуђују тешке и контроверзне правне спорове. Она је, наиме, прожета схватањем „да чак и кад за дати случај нема ниједног устаљеног правила, једна странка у спору може имати право да га добије. Судија је, према томе, дужан да, чак и у тешким или компликованим случајевима, открије која су права странка у спору, а не да ретроспективно проналази нова права. Међутим, треба одмах рећи да у ову теорију не спада тврдња да постоји било какав механички поступак за доказивање која су права странака у тешким случајевима.“¹⁸⁶

¹⁸⁴ Видети В. Бајовић, *Споразум о признању кривице, упоредно-правни приказ*, Правни факултет у Београду, Београд, 2009, стр. 30.

¹⁸⁵ У англо-америчкој процесној историји дуго је било спорно може ли се судија позивати на правни извор који су странке пропустиле да цитирају. У Енглеској је и данас присутно схватање да ослањање на преседан или правни аргумент који заступници странка нису узели у обзир није прихватљиво. Зато судија, кад сматра да су странке у спору пропустиле да размотре правне изворе важне за пресуђење спора по правилу заказује додатну расправу.

¹⁸⁶ Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 2001, стр.113.

2.4. Порота

Постојање пороте, тела састављеног од грађана лаика који одлучују о кривици оптуженог, централно је обележје англо-америчког поступка. Од ове “процесне Сфинге”, која својим лаконским одговором “крив” или “није крив” не открива готово ништа од логике или мисаоног процеса на којем одлука почива, потичу све друге карактеристичне црте акузаторског поступка. Иако свесни мана поротног суђења, англо-саксонци су искрено привржени институту пороте. Већ један поглед у историју њима је довољан да препознају преображај пороте од института обичајног права у чврсту брану од политичке репресије. Питање пороте питање је слободе и демократије, па чак и начела поделе власти.

Иако би се из њиховог самољубља могло закључити друкчије, одлучивање грађана у зборним телима о кривичним тужбама није енглески изум. Срећемо га још у античком праву, а како је тамо изгледао посведочио нам је, прозом која је лепша него песма, Платон. У том смислу није наодмет подсећање на тачно Хегелово запажање: „Када се спомене Грчка, сваког образованог човека у Европи обузима неко осећање као да је реч о његовој домовини“.¹⁸⁷ Додуше, у енглеском праву се поротно одлучивање развило на специфичан начин, из “чауре” тзв. “инквизиторског доказа” старог франачког права. Већ смо спомињали да су партикуларна племенска правила, која су носила сва обележја старогерманског ирационалног поступка, надживела норманску инвазију. На племенским скупштинама о чињеницама се одлучивало тако што се оној странци за коју се сматрало да носи терет доказивања постављала нека врста теста – “Божјег суда” – од чијег је исхода зависила одлука о истинитости чињеничних навода. Карактеристични облици “Божјег суда” биле су тзв. ордалије – “суд врелог железа” (*ordeal by fire*), “суд хладне воде” (*ordeal by water*) и сл. После Четвртог латеранског сабора (1215), на којем су божји судови означени као бесмислена празноверица, у енглеском судском поступку се почео значајније експлоатисати тзв. инквизиторски доказ из старог франачког права. Њега је чинила заклетва странке (*compurgation*), ојачана заклетвом одређеног броја (обично дванаест) тзв. помагача заклетве (*oath helpers*) – особа које свечано потврђују да је заклетва странке истинита. Постојао је и трећи тип одлучивања: “судским двобојем” (*trial by battle*). Ради се

¹⁸⁷ Г. В. Ф. Хегел, *Историја филозофије*, Култура, Београд, 1962, I књ., стр. 125.

о тековини којом су острвско право оплеменили Нормани и које су се Енглези формално одрекли тек у деветнаестом веку.¹⁸⁸ Важну тачку у развоју енглеског поступка представља Кларендонска скупштина (1166). Тамо је установљена дужност да краљеви службеници у свакој управној јединици изаберу дванаест честитих људи који ће краљевим судијама, под заклетвом, пријављивати кажњива дела и учиниоце за које су сазнали. Током времена шериф је почео именовати већи број, обично двадесет и три такве особе, које су образовале тзв. велику пороту (*grand asize*). Њихов задатак је био да на подручју грофовије за коју су именовани пријављују осумњичене којима би, при свом редовном обиласку, судио краљев судија. Велика порота се временом претворила у брану самовољи краљевих судија.¹⁸⁹ У тринаестом веку се у пракси почело формирати правило да о питањима кривице треба да одлучује друго тело истог састава као и тело које је осумњичене пријављивало. Тако је почео процес трансформације доказне пороте у пресудну, тзв. “малу” пороту (*the petty jury*). Све до петнаестог века енглески су поротници могли одлучивати у неком предмету на основу свог „приватног“ познавања релевантних чињеница, или на основу властитих приватно спроведених истрага. Штавише, средњовековни поротници бирали су се између особа за које се претпостављало

¹⁸⁸ Генезу судског двобоја исцрпно је дао Монтеѕкје, у чувеном делу *О духу закона*. Он најпре истиче ирационалну страну такве судске праксе: „Германски народи су у својим приватним парницама исход двобоја узимали као пресуду провиђења које увек будно мотри да злочинац или узурпатор буде кажњен. Тацит каже да када је, код Германа, једна нација хтела да зарати с другом, настојала је да се домогне каквог заробљеника који би могао да се бори с неким од њених ратника, па се на основу исхода двобоја судило о успеху рата. Народима који су веровали да јавни спорови могу да буду заглађени двобојем лако је било помислити да се на тај начин могу решити и размирице међу појединцима.“ Међутим, недвосмислено неразумне установе често имају и своје рационално објашњење. „Гундебад, краљ Бургундије“ – наставља Монтеѕкје – „највише је од свих краљева допринео озакоњењу наваде судског двобоја. Тај владар објашњава свој закон у закону самом : „Донет је зато да се наши поданици не би више заклињали у нејасне чињенице и давали лажну заклетву када су чињенице поуздане.“ Тако, док је закон који допушта двобој свештенство проглашавало безбожним, бургундски закон је светогрдним сматрао закон који је одређивао полагање заклетве.“ (Ш. Монтеѕкје, *op.cit.*, стр. 423).

¹⁸⁹ У почетку је велика порота самоиницијативно истраживала треба ли неког сумњивца извести на суђење, но током времена се усталило да ту делатност може обављати и на иницијативу тужиоца који је наступио у име круне те проверавати његове доказе против окривљеног. Ако је у таквом случају пронашла да су тужиоचेви докази били довољни за оптужбу потврђивала је оптужницу клаузулом *true bill*. Та је функција у 17. веку постала значајан политички чинилац: велике су пороте на једној страни одбиле потврђивати оптужнице против краљевих политичких противника, а на другој страни су водиле истрагу у случајевима корупције владиних службеника и тако се прославиле као брана деспотизму круне. Велика порота у Енглеској је престала деловати након што су магистрати преузели поступак упућивања тако да је 1933. године сведена на пуку формалност а сасвим је укинута Законом о кривичном правосуђу (*the Criminal Justice Act*) из 1948. године.

да су из личног искуства упознате са чињеничном подлогом спора.¹⁹⁰ Током времена се уобичајило да се сведоци заклетве не укључују у пороту, него да се саслушавају пред њом. Стога се изрека о утврђењу чињеничног стања, коју је тада доносила порота, више није темељила на властитим сазнањима поротника, него на исказу сведока који су пред њом саслушани. Постепено се пред таквом малом поротом почињу саслушавати и сведоци о другим чињеницама и изводити други докази, тако да је 1650. године коначно одређено да је својство поротника неспојиво са својством сведока и од тада мала порота делује искључиво као пресудна порота: своје приватно знање о спорним чињеницама поротник више није смео саопштавати другима за време већања о правореку. Није претерано ако кажемо да је енглеска порота постала тело које пресуђује у правом смислу те речи тек у седамнаестом веку, након њене трансформације из скупине сведока у веће незаинтересованих особа којем је на суду требало доказати чињенице. За суђење уз учешће мале пороте карактеристично је, међутим, да је дошло до строге одвојености одлучивања о чињеницама од одлучивања о праву. У кривичном поступку порота је доносила одлуку о кривици или невиности оптуженог, а судија одлуку о казни. Дакле, улога краљевих судија битно је ограничила аутономију локалних заједница, али је никад није потпуно поништила. Према томе, поротно одлучивање је резултат својеврсног компромиса између краљевског и локалног правосуђа у којем се оцртава аутономија затворених племенских заједница које својим члановима суде на темељу здравог разума и својих моралних схватања.

На овом месту се нећемо дотичати врлина и мана овог *par exalance* обележја англо-америчког поступка. За таквим приступом за сада нема потребе: ускрснуће пороте мало је изгледно чак и из англо-саксонским идејама потпуно замагљене “староевропске перспективе”. Зато ћемо овде, у сажетом облику, изнети неколико важних закључака везаних за ову установу. Прво, оно што порота даје англо-америчком поступку – немерљиво је. Англосаксонци јој тај дуг враћају тако што су с њом задовољни као што Диоген никад није био са својим буретом. Порота је одговорна за најважније специфичности адверзијалног поступка. Као што смо нешто раније указали, њен лаконски

¹⁹⁰ Сведоци су се почели користити тек у 15. веку да би допунили лична сазнања поротника а и тада су се нерадо одазивали трошковима, неугодностима и опасностима сведочења.

и необразложен одговор омогућује судији пасивност а странкама доминацију у процесу утврђивања чињеница; исто тако, њом је детерминисана приврженост једностепеном одлучивању и она је узрок постојања комплексног права доказивања. Даље, и то је други закључак, при разматрању англо-америчког поступка као пожељног узора не може се игнорисати место и утицај пороте у њему. Наш је утисак да континенталноевропски реформатори при прављењу реплике акузаторског поступка пренебрегавају дејства његове централне установе. Последња теза се односи на саму природу поротног одлучивања. Англо-америчка порота је заменила Бога. Стога (иако ми поуздано знамо да се Он није мешао у доказивање које се обично свршавало телесним скрнављењем једне стране), не треба из вида губити харизматски аспект поротног одлучивања.¹⁹¹ Но, институт пороте има и своју рационалну компоненту. Одлуку доноси дванаест људи којима се у моралном погледу не може ништа приговорити. Ту је и *oculi plus vident quam oculus* аргумент, а одлука се доноси после расправе спроведене по правилима процедуре која обезбеђују једнак положај процесних противника. Ако би обележја о којима говоримо требало свести на језгровиту формулу која би попут муње осветлила њихов средишњи аспект, *могли би рећи да је уверење да се ради о најбољем од свих могућих начина одлучивања похрањено у саме темеље овог процесног система*. Као што је некада Лајбниц убеђивао да живимо у најбољем од свих могућих светова, тако акузаторски поступак одише вером *да је најбољи од свих могућих поступака за утврђивање кривице осумњичених*. Овом лапидарном и метафоричном формулом најпотпуније се може окарактерисати “целина” англо-америчког поступка. Јер ако дванаест поштених и разумних људи, после поштено спроведеног поступка, није донело *исправну одлуку*, онда таква одлука не би могла бити донета ни у једном другом облику кривичне процедуре. Тим пре је депласирано корекцију очекивати од другостепеног органа, лишеног било каквих непосредних сазнања. Према томе, с прихватањем пороте мора се прихватити њена ирационална компонента. Јер, сваки покушај потпуног рационализовања неизбежно води закључку о њеној неодрживости.¹⁹²

¹⁹¹ Ову црту Фојербах овако карикира: “Поротници са својим инстиктом нису нимало различити од заједнице методиста или квекера која у тупој непромишљености ишчекује трачак светла природног откровења, као на просветљење одозго” (Фојербах, *Betrachtungen ueber das Geschworenen – Gericht*, Landshut, 1813, стр.119, цитирано према А. Узелац, *op.cit.* стр. 72).

¹⁹² Врло је инструктиван покушај Ј. Гласера, аутора аустријског ЗКП из 1783. године, да отлони непоузданост поротничког праворека. Он је развио систем правила до те мере комплексан да потпуно обесмишљава поротничко одлучивање. Наиме, расправни је судија морао саставити писана питања која је

2.5. Право о чињеницама

Још једну специфичност англо-америчког поступка представља право *доказивања* (*law of evidence*), које је током времена израсло у посебну грану права. Централна тема ове области одређена је питањем које се чињенице смеју а које не смеју доказивати. Узроци настајања сложених техничких правила која уређују понашање процесних протагониста предмет су теоријских контроверзи. Већина правних теоретичара, са пуно основа, прихвата Тајерову тезу из 1898. године да су англо-америчка доказна правила „дете пороте“.¹⁹³ Нема сумње да је највећи део правила доказног права произашао из нужности селекције доказа који ће бити презентовани пороти, као и потребе да се она обавести о потенцијалној вредности појединих доказа. Стандарди који су се током времена издиференцирали откривају подозривост према просечним интелектуалним способностима судија лаика, изабраних из локалне популације да одлуче о врло компликованим случајевима и понесу одговорност за пресуде које су дуго времена значиле не само одузимање личне слободе, него и питање живота или смрти. Према томе, сврха установљених правила је да, у мери у којој је то могуће, предупреду заблуде у које би поротници могли упасти, било због сопствених предрасуда било услед самог поступка доказивања који се пред њима одвијао.

У последње је време све заступљенија теза да су замршена правила доказног поступка последица промена у осамнаестом веку када је дозвољено учешће професионалних правника као процесних пуномоћника странака. У прилог томе иде чињеница да је право доказивања за енглеске прилике релативно младо, те да се настанак већине правила поклапа са увођењем у поступак процесних заступника. Нема двојбе да је

читао по окончању доказног поступка, пре завршних речи странака. *Главно питање* се односило на то да ли је оптужени крив за кривично дело за које се терети или није. *Помоћно питање* се постављало само у случају одречног одговора на главно питање и њиме је тражен одговор на питања одговара ли дело описано у оптужби неком другом прописаном делу или да ли је оптужени учинио дело у другачијем облику од онога који је наведен у оптужби и сл. *Споредна питања* се постављају ако су апсолвирана претходна два, а односе се на постојање околности које би искључивале противправност или кажњивост дела. Расправни судија је био дужан и да поротницима објасни законска обележја кривичног дела као и да их упуту у процедуру одлучивања. С друге стране, поротници су у току већања имали право да позивају судију ради добијања потребних разјашњења. Председавајући поротник је осим исхода гласања морао забележити и разлоге којима се већина поротника водила при одлучивању а расправни судија је могао тражити допуну тих разлога. Судско веће је имало и право да у посебном поступку преиспитује ваљаност праворека, те да у зависности од резултата испитивања одложи доношење одлуке и иницира нову главну расправу.

¹⁹³ L. Dufraimont, *op.cit.*, стр. 221.

појављивање нових протагониста допринело изграђивању суптилнијег система доказних правила. До тада су се расправе пред судом углавном одвијале у облику неформалне „свађе“ окривљеног и наводне жртве. Када је енглеско суђење назвао „препирањем“, Томас Смит је мислио на овакве расправе¹⁹⁴. Врло је вероватно да је појава правника, који су својим питањима и примедбама почели обликовати ток доказивања, била главни катализатор настајања доказног права. Али је основни задатак тих правила остао чување поротника од заблуда у одлучивању у које би их могли завести непоуздани и правно недозвољени докази.

Кроз време ова правила су се умножавала, доказни поступак је постајао све оптерећенији техничком коректношћу, да би на крају израстао у високо формализован правни процес. Почев од оснивача утилитаризма, Бентама, постоје англо-амерички аутори који критикују непотребну комплексност, противречности и нејасноће овог аспекта акузаторског поступка. За наш контекст драгоцено је Харвијево виђење доказног права: “Очито засновано на претпоставкама да су сви поротници глуви за разум, да су сви сведоци највероватније лажљивци, да су све исправе највероватније фалсификати, њему се два века додавало, одузимало и прилепљивало, све док није попримило структуру гору од структуре гомиле грађевинског отпада.”¹⁹⁵

Ми се, међутим, нећемо бавити педантним и сувопарним набрајањем множине доказних правила. На нека од њих ћемо се осврнути, али у мери која је неопходна за касније успешно аргументовање тезе *о трајној неупарености англо-америчких и континенталноевропских процесних форми*.

Фикцијом о неутралном истражитељу (суду) који спроводи доказни поступак, архитекта мешовитог поступка избегао је многе замке билатералне методе утврђивања чињеница. Наиме, систем у којем доказивањем управљају странке изискује правила која осигуравају њихов једнак процесни положај. Тако се постепеном еволуцијом усталио садашњи ток доказног поступка. Прво оптужба износи своје доказе а потом то исто чини одбрана. У следећем кругу тужилац има право на „контру“ (тзв. *rebuttal*) током

¹⁹⁴ Т. Smith. *De Republica Anglorum*, II књ., према М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 67.

¹⁹⁵ Видети код А. Узелац, *op.cit.*, стр. 96.

које сме изводити само оне доказе којима се оспоравају докази одбране. Сходно томе, и одбрана има право на „реконтру“ (тзв. *surebuttal*) у којој настоји дерогирати резултате које је тужилац постигао током *rebuttal-a*. Унутар означених координата одвија се најпре директно (главно) испитивање сведока од стране странке која га је позвала на сведочење. Затим следи унакрсно испитивање од стране противстранке, којој је дозвољено постављање сугестивних питања. Овакав режим условљен је биполаризацијом доказних средстава која може довести до идентификације сведока са интересима странке која их је позвала, због чега су обично подложнији сугестијама садржаним у питањима главног испитивача. С тим у вези настао је у англо-америчкој судској пракси одређен број правила о тзв. „непријатељским сведоцима“. Судија, на пример, може допустити странци да „свом“ сведоку поставља сугестивна питања ако он изјави нешто на њену штету, кад околиши са одговорима или кад на неки други начин разочара главног испитивача. Сва ова правила испитивања, дакле, почивају на логици да увек кад постоји колизија између тезе испитивача и сведочења не треба забрањивати сугестивна питања.

Кроз праксу америчког Врховног суда настала је доктрина бајковитог имена - „плодови отровне воћке“ (*the fruit of the poisonouns tree doctrine*). Она чини један сегмент доказних забрана а односи се на доказе за које се сазнало из незаконитих доказа. Наведена доктрина представља најшири дomet ексклузијског правила у САД: реч је о ширењу забране употребе доказа који су добијени на незаконит начин и на доказе који узрочно-последично произлазе из тих незаконитих доказа.¹⁹⁶ Овај ригидан принцип, међутим, не

¹⁹⁶ Најилустративнији такав пример представља пресуда у предмету *Wong Sun v. United States*. *Toy* је био власник перионице одеће и препродавац дроге. Само на основу гласина, без разумне сумње и налога полиција је једнаг дана упала у његове просторије тражећи дрогу. Иако дрога није пронађена, *Toy* је признао своје учешће у незаконитим пословима и за то оптужио и *Yeea*. Потоњи, код којег је полиција и нашла дрогу, кривицу је вратио на *Toya*, али је оптужио и *Wong Suna*, који ускоро и ухапшен. *Wong Sun* и *Yee*, који су после неколико дана пуштени, самоиницијативно су отишли у полицију и признали учешће у препродаји дроге. Тужилаштво је и на суђењу *Toyi* и на суђењу *Wong Sunu* предложило исте доказе : *Toyeви* изјаву након хапшења, дрогу нађену код *Yeea* ,те признање *Yeea* и *Wong Suna*. Извор свих доказа је , дакле, *Toyevo* хапшење, које је суд оценио као незаконито. Зато се поставило питање како квалификовати доказе који су проистекли из тог незаконитог доказа. На суђењу *Toyi* суд је утврдио да је првобитно хапшење извор који је “отровао” све доказе који проистичу из њега. Иако је проналажење дроге стајало врло далеко у доказном ланцу, суд је оценио да је оно у довољно великој непосредној вези с првобитним незаконитим хапшењем да би тај доказ требало издвојити. Међутим, у случају *Wong Sun* Врховни суд је одлучио другачије : дрога заплена код *Yeea* у овом се предмету може употребити као доказ јер није добијена кршењем његовог права на приватност, већ кршењем права треће особе (*Toya*). При оцени *Wong Sunovog* признања, које је дато неколико дана након пуштања из затвора, суд је закључио да оно због временске удаљености није повезано с првобитним незаконитим хапшењем и да је стога допуштено као доказ. Да резимирамо: исти доказ - дрога

важи апсолутно. Засновано на „суђењу од случаја до случаја“, англо-америчко право је изнедрило бројне изузетке. Један од креативнијих формулисан је у „доктрини неизбежног открића“. Ово је правило „најиновативнији и најконтроверзнији изузетак од ’доктрине плодова отровне воћке’ а заснива се на фикцији да би власти ’затрован’ доказ у конкретном случају неизоставно пронашле на законит начин. Кроз овај изузетак тужиоцу је дата могућност да санира изворно ’тровање’ које се приписује доказу те да га учини прихватљивим у доказном поступку пред судом.“¹⁹⁷У контексту ових питања интересантно је сучељавање са „староевропском перспективом“. Наиме, немачки Савезни суд је теорију о „плодовима отровне воћке“, произашлу из америчког права, одбацио са образложењем да је сврха немачког поступка истраживање материјалне истине. Сагласно томе, сви докази произашли из неког незаконитог доказа начелно се могу користити пред судом, а у случају да је доказ прикупљен кршењем права од стране службене особе, то ће се решавати у посебном поступку како се не би онемогућавало утврђивање истине у кривичном процесу.

Англо-амерички поступак је опремљен и комплексним системом презумптивне забране употребе деривативних доказа (*hearsay*). Забрана извођења деривативних доказа односи се како на усмене (сведоци по чувењу), тако и писане доказе (исправе). Али и ова забрана познаје изузетке, и то њих двадесет и осам. Један од најважнијих представљају тзв. *admissions*. То су вансудске изјаве странке које се као доказ могу унети у поступак у случају да странка пред судом износи изјаву која је противречна пређашњој. То значи да ако осумњичени положи признање изван суда тужилац може на расправи употребити сведока по чувењу - чак и полицајца – који ће посведочити о томе шта му је осумњичени рекао. И поводом овог питања пригодно је направити контраст са европским правом. Према теорији немачког правника Гласера сведок по чувењу је непосредни доказ о томе шта му је неко рекао ван суда, а такво његово сазнање представља индицију истине. Дакле, у немачком поступку се не крши начело непосредности ако се саслушава сведок по чувењу. Међутим, ако суд утемељи пресуду на

откривена код *Yee* - на суђењу *Toyi* је издвојен док је на суђењу *Wong Suni* дозвољен, а узрок томе је различит облик повезаности двојице оптужених с истим доказом.

¹⁹⁷ J. M. Bain, M. K. Kelly, *Fruit of the poisonous tree: recent developments as viewed through its exceptions*, University of Miami Law Review, Miami, 1976, стр. 625.

исказу таквог сведока, иако је био доступан изворни сведок, он тиме крши дужност да „расветли чињенице у предмету“ (тзв. *Aufklärungspflicht*).

2.6. Споразум о признању кривице

Ценкање странака о кривици (*plea bargaining*) није само у пракси омиљена процесна форма акузаторског поступка, него и форма која омогућује да он и даље постоји у традиционалном облику. И не само то. Данас смо сведоци како се ова форма на Дајмондовом „брзом чамцу“, који овог пута иде за Европу, преноси у континентално правосуђе. Основно питање на које би ваљало одговорити гласи: зашто се споразум о признању кривице пре одомаћио у англо-америчком него у континенталноевропском кривичном поступку?

Неки аутори настоје, а ми их у томе нећемо следити, да дају рационално теоријско објашњење одличног успевања страначких нагодби на англо-америчком правном простору. Тако Дамашка сматра да је споразумевање странака логична последица схватања кривичног поступка као инструмента за решавање спорова. Наиме, сукоб странака представља пропулзивну силу процеса: ако нема спорења нема ни потребе за (даљим) ангажовањем процесних ресурса. Полазиште за развијање своје тезе овај аутор смешта у средњи век, у време напуштања божјих судова. Енглеско је правосуђе и након тога остало привржено схватању поступка као спора а кривичне и грађанске ствари недовољно диференциране, па је изјавом окривљеног да се осећа кривим (*guilty plea*) даљи поступак постајао беспредметан, баш као и грађанска парница у којој тужени признаје тужбени захтев.¹⁹⁸ *Factum vicit legem et amor iudicium*.

Поимање поступка као спора одразило се и на организацију кривичног гоњења које је у Енглеској покретао оштећени или неко друго заинтересовано приватно лице (а не представник државне власти у циљу заштите јавног интереса). То је логично, јер идеја о поступку као надметању странака може сачувати своју снагу једино ако се јавни тужилац посматра као заступник жртве. Поступак остаје сукоб два парцијална страначка интереса и не прераста у сукоб укупног интереса државе и интереса појединца

¹⁹⁸ Видети о томе М. Дамашка, *Напомене о споразумима у казненом поступку*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2004, стр. 3-20.

(окривљеног). У таквом амбијенту преговарање странака у циљу постизања нагодбе не изазива никакву подозривост.¹⁹⁹ Вреди напоменути да је ово стајалиште у складу са правно-социолошким схватањем да је правни облик релације сукоба парница и да „упркос томе шта може сугерисати етимологија (*lis* = процес), парница претходи процесу. Она може да се оконча процесом, али то је само случајност. Многе парнице завршавају пријатељски нагодбом, тј. споразумом којим два парничара чине узајамне уступке.“²⁰⁰

Не мали број англо-америчких теоретичара нагодбу странака посматра кроз призму идеологије економског либерализма. Сукоб процесних противника поистовећује се са тржишном утакмицом у којој је окривљеном дозвољено да своја процедурална права трампи за одређене погодности, пре свега оличене у блажој казни.²⁰¹ Будући да у апотеози тржишних односа повлашћени положај припада уговорним односима, и нагодбе странака се третирају као врста правног уговора а не као пуки договор. Ускраћивање права окривљеном да се одрекне својих процесних права у замену за одређене погодности, по овој логици, представља ограничавање аутономије воље.²⁰² Зато је разумљиво да амерички судови споразум странака прихватају као резултат преговора две супротстављене стране са релативно једнаким преговарачким позицијама.²⁰³ Следом тога, ако тужилац не изврши своју „чинидбу“, или је суд не жели прихватити, окривљени може повући свој акт самооптуживања, па се кривични предмет мора подвргнути расправи на којој се поротници не смеју информисати о неуспелој нагодби.

Наклоност генеалогском приступу историји приморава нас да ово теоријско заогртање страначких нагодби осмотримо и са аспекта прозаичне збиље свакодневнице. Први споразум о призању кривице забележен је у САД, 1808. године. Званично, нагодба странака постала је део кривичноправног система ове државе тек 1970. године. Шта се дешавало у међувремену? Први договори између тужиоца и окривљеног спонтано су се појавили у процесима због незаконите продаје алкохола. Наиме, општеприхваћена широка дискрециона овлашћења суда у одређивању санкција анулирана су законима о

¹⁹⁹ М. Дамашка, *Напомене о споразумима у казном поступку*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2004, стр. 5-7.

²⁰⁰ Ж. Карбоније, *op.cit.*, стр. 138.

²⁰¹ Тако F. H. Easterbrook, *Criminal Procedure as a Market System*, J.Legal Stud. 12, 1983, K. Graham, *Crimes, Widgets, and Plea Bargaining: An Analysis of Charge Content, Pleas, and Trials*, 100 Cal. L. Rev. 1573, 2012.

²⁰² R. E. Scott, W. J. Stuntz, *Plea bargaining as Contract*, 101 Yale Law Journal, Vol. 101:1909, 1992, стр. 235.

²⁰³ *Scott v. United States*, 419 F.2d 264 (D.C.Cir. 1969).

прохибицији, који су били једини у којима је важио режим апсолутно одређених казни. Институционално маргинализовање суда у овим поступцима отворило је врата за аранжмане странака. Наиме, тужилац је, у замену за признање окривљеног, оптужницу редуковао по обиму или квалификацији и тиме у потпуности детерминисао исход поступка: суду је остајало само да изрекне законом већ одређену санкцију. Ширењу страначких нагодби погодвале су и друге друштвене појаве. У првој половини деветнаестог века дошло је до демографске експлозије у којој се број становништва готово утростручио, што је у комбинацији са ригидном државном политиком према незаконитој продаји алкохола водило све већем броју поступака за ова кривична дела. С друге стране, у истом овом периоду недостајало је специјализовано јавно тужилаштво. Овај угледан, одговоран и слабо плаћен посао обично су уз своју основну делатност обављали адвокати и професори. Они су са своје стране, и то је природно, тежили да што брже реше кривичне предмете и посвете се свом примарном послу. Уз то, од 1832. године је установљена дужност тужилаца да Конгресу достављају извештаје о раду од којих је зависио будући реизбор. Узроке експанзије страначких нагодби неки аутори препознају и у великој корумпираности, карактеристичној за наведено раздобље.²⁰⁴ Дакле, садејство више различитих фактора условило је појаву и афирмацију страначких нагодби.

За наш контекст је од изузетне важности чињеница да су грађани и судије дуго времена с негодовањем посматрали преговарање тужилаца и окривљених.²⁰⁵ Судије су веровале да тужиоци манипулисањем оптужницом узурпирају њихов положај и ремете начело поделе власти и с правом се иронично питале да ли су тужиоци, с обзиром да самостално одређују која је санкција адекватна делу и личности окривљеног, боље судије и од самих судија. Незадовољан савитљовом правдом страначких нагодби Конгрес је 1852. године донео закон по коме је тужиоцу за одустанак од кривичног гоњења била неопходна сагласност суда. Продирање споразума о признању кривице у процесноправни систем САД најлакше је пратити кроз одлуке тамошњег Врховног суда. Године 1865. овај суд је поништио пресуду засновану на споразуму странака са аргументацијом која би са доста слуха била прихваћена и у континенталноевропском поступку. „Овакав случај“ – стајало

²⁰⁴ A.W. Alschuler, *Plea Bargaining And Its History*, Columbia Law Review, Vol.79, no.1, 1979, стр. 24.

²⁰⁵ Видети G. Fisher, *Plea Bargaining's Triumph – A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, Stanford, California, 2003.

је у наведеној пресуди – „је без преседана у нашој историји. Непримерено је тужиоцу и његовој функцији да се нагађа, договора и преговара са окривљеним како би овај признао кривицу. Његов задатак је управо супротан - да пред поротом докаже кривицу окривљеног. Устав гарантује окривљенима право на јавно поротно суђење и ово право је неотуђиво, о њему се не може преговарати.“²⁰⁶ Исте разлоге Врховни суд је поновио и дванаест година касније: „Правна професија неспојива је са подвалама и интиграма. Битка за правду треба да се води у судници, пред поротом. Све оно што се дешава у тајности, иза затворених врата изазива сумњу и неповерење јавности.“²⁰⁷ Скоро сто година касније овај суд је још увек сматрао да „правда и слобода не могу бити предмет преговарања и продаје.“²⁰⁸ Ставови које је јуриспруденција изражавала још више добијају на значају ако се има у виду да статистике показују да је америчко правосуђе још на почетку двадесетог века постало зависно од признања кривице.²⁰⁹ На истеку шесте декаде прошлог века и Адвокатска комора САД и Комисија за кривично право веровале су да је давање легитимитета споразуму о признању кривице лек за неефикасно америчко правосуђе. Када је Врховни суд споразум о признању кривице прихватио као интегрални део кривичнопроцесног система САД (1970), и одмах потом апеловао да се предмети решавају нагодбом странака јер би у супротном држава морала утростручити правосудни буџет и број судија (1971), *прагматичност је коначно надвладала приврженост принципима*.

Иако у Енглеској споразумевање странака није добило институционално рухо, у пракси је изгледа распрострањено да се оптужени пре изјашњавања о оптужници (*plea*) „погађа“ са процесним противником (*charge bargaining*) или са судијом (*sentence bargaining*). Наиме, изјава окривљеног о признању (*guilty plea*) води изостанку главне расправе и директном изрицању казне од стране судије.²¹⁰ Трагове претходног договорања многи аутори препознају у чињеници да се највећи број предмета окончава полагањем признања (преко 90 % пред магистратским судовима и око 70% пред Краљевским судом), те у пракси искристализованим правилом да се том соју окривљених изриче казна у

²⁰⁶ Цитирано према А.В. Alschuler, *op.cit.*, стр. 23.

²⁰⁷ *Ibid.*, стр. 24.

²⁰⁸ *Shelton v. United States*, 356 U.S. 26, 1958.

²⁰⁹ Видети о томе В. Бајовић, *Споразум о признању кривице – упоредноправни приказ*, Правни факултет у Београду, 2009, стр. 63-65.

²¹⁰ Видети С. Кнежевић, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2007, стр. 17.

просеку нижа између 1/3 и 1/4 од казне уобичајене за такве случајеве.²¹¹ Ваља подсетити да су енглеске судије дуго гајиле аверзију према признању окривљеног: оно их је асоцирало на инквизиторску тортуру, неспојиву с њиховом либералном традицијом. Забележено је да су у седамнаестом веку судије окривљеног „који призна да је извршио злочин саветовале да промени исказ и омогући грађанима у виду пороте да процене да ли је крив.“²¹² Да се такав дух дуго задржао у енглеском поступку сведочи нам озлојеђеност Цереми Бентама, који се срдито што „судије окривљеног који призна да је извршио кривично дело редовно убеђују да повуче признање и изјави да није крив. Окривљени би се потом кајао више због свог исхитреног признања него због свог злочина и изјављивао би да је невин.“²¹³

Нема сумње да је у споразуму о признању кривице прагматизам нашао свој најјачи израз. Ово средство за повећање процесне ефикасности истовремено је и најбољи индикатор „неурозе“ адверзијалног поступка. На уму имамо следећи парадокс: уобичајена асоцијација на акузаторски поступак јесте надметање, које са собом носи узбуђење и драматичност. Стварност је, међутим, другачија: сукоб странака само изузетно ескалира у надметање на главној расправи и по правилу се апсорбује нагодбом. Могуће је да се у неким од неумерених похвала англо-америчком поступку само крије чежња за изгубљеним идеалом.

2.7. Додатак

Континенталноевропско процесно право се, видећемо доцније, развијало на спознаји о неопходности да се судски поступак повери професионалним правницима који ће одлуке доносити по унапред утврђеним нормативним стандардима. У Енглеској, пак, у којој је правосуђе остало мање рационално и мање бирократско, одлуке су се доносиле у складу с принципом „материјалне правде“. То су интуитивне пресуде које проистичу из осећаја правичности и које треба да обезбеде одлуку по мери конкретног случаја. Приликом пресуђивања начела здравог разума и мудрости су се на необичан начин преплитала са владајућим моралним, политичким и верским нормама. Зато је неодржива теза да је овај поступак одувек одавао спремност да процедуралну коректност претпостави

²¹¹ Д. Крапац, *Енглески казнени поступак*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1995, стр.142.

²¹² A.W. Alschuler, *op.cit.*, стр. 7.

²¹³ J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, London, 1827, наведено према A.W. Alschuler, *op.cit.*, стр. 8.

правилном исходу.²¹⁴ Већ смо се срели са одлукама америчког Врховног суда чији аргументи у погледу страначких нагодби делују као да су позајмљени из бележнице неког схоластичког мислиоца. Не треба губити из вида ни доживљавање пороте као јемца праведне одлуке и заштите од арбитрерности државних чиновника. Судије које су својим наговарањем окривљеног да повуче признање дражиле Бентама, то су чиниле јер су сумњале у *истинитост признања*. Наиме, многи су окривљени давали лажна признања погрешно држећи да ће им оспоравање оптужбе поред смртне казне донети и конфискацију имовине и стигматизацију породичног имена.²¹⁵ Остало је забележено да су окривљени кривична дела која нису учинили признавали из страха, или у нади да ће власти према њима бити блаже. Зато се сматрало да је „задатак пороте да утврди да ли је окривљени извршио кривично дело, и избегне се опасност да невини испаштају јер су из неког разлога признали кривицу.“²¹⁶

Интезивније окупљање око заставе „процедуралне коректности“ почело је тек у другој половини прошлог века. Инсистирање на „правичном поступку“ (*due process revolution*) само је један од манифестационих облика апотеозе људских права, која је пак рефлексија на ужасе Другог светског рата. О овом важном, *превасходно унутрашњем преображају* англо-америчког поступка, више речи ће бити у наредном поглављу.

3. Мешовити кривични поступак

3.1. Инквизиторски корени

Трагање за сировим почецима инквизиторске процедуре подразумева поновно враћање у прошлост, до времена у којем се Октавијан Август искрено чудио што “Александар није сматрао већим задатком успостављање реда у царству које је освојио, од задатка да га освоји”.²¹⁷ Овај израз изненађења није био само вербалног карактера, па је римски мир – *Pax Romana* – почео. Први римски принцепс затекао је Италију (29.г.п.н.е.) потпуно исцрпљену. “Управа и заштита нису функционисале; ноћу ниједна улица није

²¹⁴ Коју, додуше нејасно, заступа Дамашка. Наиме, овај аутор адверзијалном поступку импутира да истовремено служи два господара: материјалну правду и процесну правденост, док се по нама ради о сукцесији тенденција при чему је потоња сасвим истиснула првобитну. Видети М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008.

²¹⁵ Видети о томе Д. Крапац, *Енглески казни поступак*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1995, стр.100.

²¹⁶ W.Auckland, *Principles of Penal Law 167, 2ed*, London, 1771, наведено према V. Вајовић, *op.cit.*, стр. 62.

²¹⁷ Плутарх, *Moralia*, цитирано према Вил Дјурант, *Цезар и Христ*, Народна књига, Београд, 1996, стр. 255.

била безбедна од пљачкаша; разбојници су вршљали друмовима, отимали путнике и продавали их као робове. Трговина је опала, улагање је стало, каматне стопе су драстично порасле, вредности поседа су пале... Некада моћни Сенат се свео само на име... То није била потпуна слика Рима већ опасна болест која је горела у његовој крви... Октавијан је укинуо старо уређење... а људи су хладнокрвно дочекали његово решење. Више нису били заљубљени у слободу него су уморно чезнули за сигурношћу и редом.”²¹⁸ Август је посрнулој Империји улио еликсир животне снаге а она га је заузврат наградила титулом *принцепса* у којој је, на задивљујуће суптилан начин, спојио прерогативе законодавне, извршне и судске власти. Угаони камен Октавијанове реформације, која је за крајњи резултат имала да се раздобље његове владавине доживљава као *saturnia regna* римског царства, представља јачање централне власти. Владарев управни надзор се стално ширио, најављујући обресе пирамидалног устројства административног апарата. Радикално преобликовање римских институција неизоставно се одразило и на судску процедуру. Врста судског поступка *cognitio extra ordinem*, који карактерише прво снажније пулсирање инквизиторских елемената, промулгиран је у новом поретку у доминатну форму судског поступања. Било је то прво појављивање судског поступка у форми једностране службене истраге.

Сврха ове кратке епизоде није упознавање са римским инквизиторским поступком, него приближавање друштвеног и економског контекста у којем се он појавио. Јер, нагласили смо већ, судске су процедуре укорене у друштвено-историјске околности и нестају ако се њихови корени сасеку. Она ће нам, верујемо, помоћи у праћењу оживљавања инквизиторског принципа у средњем веку и његовог експандирања до потпуне доминације континенталноевропским судским поступком.

Нема сумње да је *афирмисање* инквизитоског поступка умногоме зависило од актуелних друштвено-економских чинилаца и организације политичке власти. Што се пак тиче његовог *настанка*, наша је теза да је овај поступак компонован искључиво за потребе Цркве, што је и одредило његова основна обележја. Сама логика поступка је следећа: пошто је Црква “тело Христово”, а Христос је Бог, у “*Божјијим стварима*” не може бити места за људска прегањања. У том смислу, најбоље средство за испитивање

²¹⁸ В. Дјурант, *Цезар и Христ*, Народна књига, Београд, 1996, стр. 247-248.

постојања друштвено непожељних појава представља једнострану службено истрагу поверена поштеним и честитим особама које ауторитетом своје личности јемче праведан исход. Идеално би било да правду увек деле Мојсије, који је “лицем к лицу” разговарао с Богом, или Октавијан,²¹⁹ којег су римска божанства доживљавала као озбиљну конкуренцију, јер тада никаква процедура није неопходна – исправан исход је загарантован. Одсуство честе епифаније судија у тако савршеном облику надомешта се складношћу хијерархије: пропусти који се евентуално поткраду првостепеном органу сигурно ће бити кориговани на вишем нивоу. Нагостили смо већ да је овај поступак савршен ако је савршен судија. Ласкајући себи, црква је зацело резоновала да, кад је она у питању, нема сметње да се посегне за најефикаснијим обликом поступања.²²⁰ Чињеница да је црква своју службу компромитовала мрачњаштвом, прогонима и масакрима само је омогућила циничне опаске попут оних да је “последњи хришћанин умро на крсту” (*Ниче*) и да “наши свештеници нису оно што глупа светина мисли - сва њихова ученост састоји се од наше лаковерности” (*Волтер*). Тиме се потврђује да је она себе *преценила* али се *не дира у саму логику поступка*. Развијање овог аргумента налаже кратак екскурс у друштвене прилике XII века када се Католичка црква нашла у вртлогу доктринарних проблема изазваних деловањем *катара* и *валденга*, јеретика чије је учење угрожавало основна начела црквеног, али и световног друштва. “Јерес се нагло појавила у виду велике опасности, моћне да разори саме темеље европског поретка, духовног поретка који је Црква, уз огромне напоре, успела да изгради.”²²¹ Да би схватили озбиљност настале претње потребно је барем да наслутимо колика је вредност придавана религији у то време. У томе ће нам свакако помоћи подсећање да је сегмент мамутског Дјурантовог дела *Историја цивилизације*, који се односи на овај период, означен као *доба вере*. Али ће нам то још живље приближити Тома Аквински, који је веровао да непокајан или непокоран јеретик не само што заслужује изопштење из цркве, него и да буде лишен живота као непријатељ друштва. Свој став је поткрепљивао занимљивом аналогијом: кад се фалсификатори новца кажњавају најтежом казном ни они који криво творе веру не смеју

²¹⁹ Октавијан Август је, сведоче савременици, редовно обављао дужност судије, понекад све до вечери, и у судници је имао носиљку намештену за случај да није расположен. Сматрали су га веома савесним и милосрдним.

²²⁰ Неповеће у савршеност личности носиоца службено истраге захтева диференцијацију улога и елементе контрадикторности – то јест да се окривљеном омогући да и сам утиче на своју “судбину”.

²²¹ Л. Суарез, *La expansion de la fe, Los Reyes Catolicos*, цитирано према Б. Комеља, *Шпанска Инквизиција*, Клио, Београд, 2003, стр.14.

имати бољу судбину.²²²Осећајући се нераздвојним делом моралне и политичке власти Европе, црква је посматрала јерес тачно онако како је држава посматрала издају: био је то напад на темеље друштвеног поретка. Суочена, дакле, са знацима појаве која би могла угрозити њену целину, првенствени интерес цркве био је испитивање да ли штетно понашање стварно постоји. Отуда се, по узору на касно римско право, определила за форму поступка као једностране службене истраге. Аналогије којима се може објашњавати овај порив цркве налазимо и у савременом добу: о многим важним догађајима, као што су еколошке трагедије, падови авиона или епидемије, посеже се за службеним истрагама (независно од правосуђа и судског поступка). Другима речима, ако смо рекли да је циљ акузаторског поступка да решавањем спора (макар и нетачним) апсорбује сукоб, циљ инквизиторског поступка је да сазна шта се стварно догодило.

У погледу структуре, основну одлику инквизиторског поступка представља стављање свих главних процесних функција у надлежност истог органа – суда. У тајном и писменом процесу суд је по службеној дужности (*ex officio*) истраживао све околности криминалног случаја. Окривљени (*inkvizit*) је третиран као предмет поступка. Будући да нема странака, суд је имао потпуну иницијативу у прикупљању и извођењу доказа (тзв. *истражна* или *инквизиторска* максима). Другим речима, суд је апсорбовао све процесне активности. Сам поступак је био састављен од два дела: истраге (*inquisitio*) и суђења. Истрагу је спроводио државни службеник (*inkvirent*) увек када би на било који начин сазнао о могућности да је нека особа учинила кривично дело. О предузетим процесним радњама сачињавани су записници који су чинили спис предмета (*acta*). По завршеној истрази спис предмета је достављан судском већу које је одлуку о кривици доносило искључиво на темељу списка, дакле без икакве расправе или сусрета са осумњиченим. Суђење и пресуда, у ствари, само су окончање истраге. Суд је проучивши списе могао донети једну од три врсте пресуда – осумњиченог је могао осудити, ослободити или га отпустити испод суђења (*absolutio ab instantia*). Осумњичени се отпуштао испод суђења ако није било довољно доказа о његовој кривици, а није била утврђена ни његова недужност. То га је доводило у веома неповољну правну ситуацију јер се против њега поступак увек могао наставити, а у међувремену му се могао одредити и трајни надзор.

²²² Т. Аквински, *Summa Theologica*, цитирано према Б. Комеља, *Шпанска Инквизиција*, Клио, Београд, 2003, стр.15.

Што је још горе, суд му је могао изрећи и тзв. ванредну казну (*poena extraordinaria*), која је додуше била блажа од казне која би се изрекла да је утврђена кривица, али је ипак значила кажњавање без утврђивања кривице.

Најжалоснију мрљу на лицу инквизиторског поступка представља *тортура*. Она је, једним делом, испровоцирана крутим захтевима процедуре. Наиме, велика власт суда покушала се ограничити прописивањем количине и каквоће доказа који су потребни за осуђујућу пресуду (*законска оцена доказа*). Јер, “закони по којима човек бива погубљен на основу исказа једног јединог сведока” – дочарава Монтескје – “кобни су за слободу. Разум захтева да их буду двојица; јер један сведок који оптужбу потврђује и оптужени који је пориче успостављају равнотежу, па је потребан и неко трећи како би једна страна превагнула. Да би неког осудили, Грци и Римљани захтевали су још један глас. Наши француски закони захтевају их два. Грци су тврдили да су њихов обичај установили богови, што се пре може рећи за наш.”²²³ Трагом овог резона створена су формална доказна правила која су, међутим, била врло компликована: постојале су категорије лица неспособних за сведочење (млађи од 14 год, жене, итд.), а развијена су и комплексна правила шта представља потпун доказ а шта непотпун, као и правила о помоћним доказима који могу употпунити непотпуне доказе. Такво процесно окружење стварало је притиске (*прагматизам*) да се исходи признање, које је сматрано “краљицом доказа”. Треба напоменути да тортура није била облик злоупотребе истражних органа већ правни институт, примењиван најпре путем праксе а касније регулисан законом.²²⁴ Најбољи пример нам пружа чувени законик *Constitutio Criminalis Carolina* из 1532. године. Каролина је с једне стране фиксирала развој према моделу писменог и тајног инквизиторског поступка, но с друге стране је темељније регулисала услове за примену тортуре. Тортура се тако допуштала једино ако је постојало сведочење једног сведока о самом делу или индицијално сведочење два сведока. Пре тортуре суд је морао размотрити и доказе на које се позива осумњичени а током мучења од осумњченог се поред признања, морала тражити и изјава о околностима извршења дела које су познате само учиниоцу.

²²³ Ш. Монтескје, *op.cit.*, стр. 152.

²²⁴ Овим примером још је једном потврђено Монтескјево запажање да људи, у основи разумни, подвргавају правилима чак и своје предрасуде. Ово је прегнатно показао анализирајући процедурална правила судског двобоја. „Ништа се није толико противило здравом разуму“ – вели Монтескје – „као судски двобој, али једном установљен сродно се са одређеном разборитошћу.“ (Ш. Монтескје, *op.cit.*, стр.431.).

“Али откуда то да, пошто је постојећи судски поступак напуштен, нови буде преузет из канонског а не из римског права?” – пита Монтескје и одмах одговара: “Било је то зато што су пред очима непрестано стајали свештенички судови који су следили поступак канонског права, а није се знало ни за један суд који би се равнао према поступку римског права. Осим тога, границе између црквене и световне судске надлежности биле су о оно доба врло слабо познате: било је људи који су се парничили на оба суда без разлике, а било је и предмета који су изношени и пред један и пред други суд...У таквим околностима, када се хтела променити пракса у лаичким судовима, прихваћена је пракса свештеника јер је била позната, а пракса римског права није преузета пошто је била непозната: јер, када је реч о пракси, познаје се само оно што се упражњава.”²²⁵

Познато је да гледање на прошлост искључиво са осматрачице савремене мисаоне парадигме представља фаталну грешку. Јер, мерила “овог сада” времена не могу се постављати за општа мерила. Но, који год критеријум усвојили, *опет је асимилација процесних функција ненадокнадив недостатак у конструкцији инквизиторског поступка*. Само организација која је сматрала да се налази ван критике разума и ван постављања било каквих питања, која је веровала да је наследила божанско откровење, да је безгрешна и да је Божји намесник на земљи – само је, дакле, таква организација могла изнедрити тако егоцентричну процедуру.

Ова “самоубилачка” црта прво је што пада у очи када се поглед баци на инквизиторски поступак. При брижљивијем разлагању, међутим, наслеђе овог поступка ипак се показује као вишезначно, или бар такво да се не може унапред одбацивати. Инквизиторски поступак је донео једну новину од епохалног значаја: превазишао је (по свом циљу) пуко решавање спорова и у оптицај увео *јавни интерес*. Напуштена је перспектива која је на недозвољено понашање гледала искључиво кроз однос *жртва – учинилац* и у жижу посматрања је стављена релација *заједница – учинилац*. Да би се то разумело довољно је подсећање на сабласт јереси коју је званична Црква доживљавала као претњу сопственом опстанку. Озбиљност ситуације и могућих последица налагала је *брижљиво истраживање* и *тачно утврђивање* да ли је “семе раскола” заиста посејано у

²²⁵ Ш. Монтескје, *op.cit.*, стр. 454.

конкретном случају. У таквом контексту долази до *потпуног поклапања* циљева процесног и материјалног права. То значи да је изразито наглашен *инструментални карактер* поступка: он искључиво служи тачној примени материјалног закона. Давање судском поступку нове димензије комплементарно је тенденцијама у развоју световних власти. Увођење инквизиторског поступка у световне судове пада у доба развитка и јачања апсолутне монархије у Европи и стварања бирократско централистичке државе.²²⁶ Полако се обликује схватање да држава мора да контролише и управља мишљу грађана баш као што то раде родитељи са својом децом. Сходно томе се и циљ кривичног поступка препознаје у заштити вредности на којима почива друштво. Инквизиторски поступак је, дакле, средство којим се брине за здравље друштвеног организма. Кроз њега се примењује државна казнена политика на злочин независно од става окривљеног према оптужби. Ово схватање имало је колатералну последицу: избијање у први план тежње за тачношћу резултата поступка. Добар поступак је онај који максимално повећава вероватноћу постизања резултата који су исправни у меритуму.

Важна обележја овог поступка невидљивим су концима везана за *развој бирократије*. “Бирократско вођење послова почива на актима или писаним документима (који се чувају у оригиналу или у нацрту) и на апарату нижих чиновника и писара сваке врсте”.²²⁷ *Quod non est in actis, non est in mundo* - бирократска је парола тог доба. Отуда не чуди писменост и тајност поступка. Зато што је била централизована, свепрожимна и педантна, Француска је администрација сматрана за најбољу у Европи. Утицај бирократизације на кривични поступак имао је, међутим, и добре стране. Јер, “бирократија има рационалан карактер: њен изглед одређују правила, циљеви, средства, објективна безличност”.²²⁸ У оквиру инквизиторског поступка започео је *процес рационализације* правосуђа. Инквизиторски поступак је одбацио ирационална доказна средства и дао свој допринос у процесу који Вебер назива “*размађивање света*”. Одлуке се у овом поступку почињу везивати за функцију, а не за личност. Следом тога, од судије

²²⁶ Инквизиторски поступак је увођен поступно и дуго је времена постојао упоредо са оптужним поступком; испрва је био предвиђен само за одређене случајеве, затим за све случајеве по пристанку окривљеног, и тек много касније за све случајеве. До краја XIV века у свим земљама Европе акузаторски поступак је потпуно истиснут.

²²⁷ М. Вебер, *Бирократија* у М. Ђурић, *Социологија Макса Вебера – Преводи из Веберовог дела*, Напријед, Загреб, 1987, стр. 375.

²²⁸ *Ibid.*, стр. 428.

се очекује да раздвоји информације које је стекао у обављању функције (*ut iudex*) од оних које је сазнао у приватном животу (*ut homo*). Ствара се његова хијерхијска организација, а за судије се именују професионалци који су стекли правно образовање, углавном на темељу текстова канонског права и компилација римског права. Одлуке се оправдавају компететношћу, а не прадедовским обичајима. Право се почиње сматрати затвореним системом којим влада дух логичког легализма. Инквизиторски поступак је увео и *право на жалбу*, афирмисао *принцип официјелности* и проповедао *служење јавном интересу*. По нашем суду, вредност ове заоставштине је неупитна.

3.2. Пропаст инквизиторског поступка

Један од најодважнијих захтева за реформом закона стигао је у XVIII веку од Чезара Бекарије. Он је био шокиран кад је видео заразну прљавштину у миланским затворима и кад је од затвореника чуо како им је суђено. Био је разочаран кад је у судском поступку открио гнусне неправилности, нељудска мучења осумњичених и сведока, самовољну строгост и самилост код доношења пресуде и варварску суровост приликом кажњавања. Године 1764. Бекарија је објавио историјско дело *Трактат о злочинима и казнама*. Свака оптужена особа, објавио је, треба да има поштено и јавно суђење пред меродавним судијама који су се заклели на непристрасност. Суђење треба да наступи непосредно након оптужбе. Мучење се никада не сме користити: кривац навикнут на бол може га добро поднети и тако произвести утисак да је невин, док неко са тањим нервима може признати чак и оно што није учинио и тако бити проглашен кривим. Ова књижица доживела је шест издања за осамнаест месеци и преведена је на двадесет и два европска језика. Волтер је написао анониман предговор француском преводу и стално је понављао да је на његово дело и напоре на реформи закона утицао Бекарија. Већина италијанских држава ускоро је реформисала кривични закон, а готово сва Европа је до 1789. одбацила тортуру. Катарина Велика је била подстакнута Бекаријом и Волтером да укине мучење у својим земљама.²²⁹

²²⁹ Тако је крунски доказ – признање, доведен у питање. У исто време, увиђала се непожељност стања у којем је судија био присиљен да и против сопственог уверења доноси осуђујуће пресуде кад је прикупљен довољан број доказних средстава. Резултат је био компромис: требало је довести у склад моралну извесност судијског уверења са критеријумом који је прописао законодавац. Тако је настао систем према којем се одређене тврдње нису смеле узети као истините ако им у прилог нису ишли одређени квантитативно и

Француска либерална мисао је заобишла реформацију и закорачила директно у просвећеност. *Енциклопедија*, дело француских *филозофа*, постала је Нови завет *доба разума*. И поред озбиљних недостатака, она је била “велико дело свог времена, циљ коме је тежило све што му је претходило, извор свега што му је следило и сходно томе прави центар сваке историје идеја у XVIII веку”.²³⁰ Берк и Токвил су се сложили да су *енциклопедисти* имали значајну улогу у зачињању револуције. Основни узроци били су, дакако, економски и политички, али су *филозофи* обезбедили идеолошку припрему револуције. “Волтер је привлачио наш интелект, а Русо је дирао наша срца. Потајно смо уживали пратећи их како нападају стари оквир”, писао је гроф Луј-Филип де Согир.²³¹ Русоов крик с којим започиње свој *Друштвени уговор* – “*L’homme est ne libre, et partout est dans les fers*”²³² – постао је лозинка века. Берк је сматрао да се у Уставотворној скупштини револуционарне Француске (1789 – 91) “води расправа међу вођама у вези с тим који од њих највише личи на Русоа.”²³³ Повољне утиске о политичким слободама и духовној околини у Енглеској, у којој је три године провео као изгнаник, моћ Волтеровог пера преточила је у прве наговештаје револуције. “Свуда видим”, писао је он 1764. године, “семе неминовне револуције, којем, међутим, нећу имати задовољство да сведочим. Французи у свему касне, али на крају ипак стигну. Просвећеност се тако лепо проширила да ће експлодирати првом приликом; и биће то прилично јака експлозија. Млади имају среће; видеће велике ствари.”²³⁴ У погледу права, Волтер је био нарочито гневан на примену тортуре у француским судовима. “Французи, који се сматрају – не знам зашто – веома хуманим народом, запањени су што су Енглези, који су били толико нечовечни да нам отму Канаду, одустали од примене мучења.”²³⁵ Хвалећи енглеско право које окривљенима обезбеђује да им у кривичним случајевима суди порота независних људи,

квалитативно прописани докази, и ако их (кумулативно) није пратила и увереност судије. Наиме, кад се докази које закон тражи сакупе, судија је слободно оцењивао да ли је доказивање неке чињенице успело или није. Овај компромис напуштен је под утицајем француске револуције.

²³⁰ F. Brunetiere, цитирано према А. М. Wilson, *Diderot*, Oxford University Press, USA, 1972, стр. 167.

²³¹ Н. In See, *Economic and Social Conditions in France during the 18th Century*, цитирано према В. Дјурант, *Русо и Револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 905.

²³² „Човек се рађа слободан, а свуда је у оковима.“

²³³ Е. Berk, *Letter to a Member of the National Assembly*, цитирано према В. Дјурант, *Русо и Револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 898.

²³⁴ Волтер, *Филозофски речник*, цитирано према В. Дјурант, *Русо и Револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 152.

²³⁵ Волтер, *Torture*, цитирано према В. Дјурант, *Русо и Револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 152.

Волтер је оптуживао француске судије да су силедије који се понашају као тужиоци, очито под претпоставком да је окривљени крив док се не докаже да је невин.

Интелектуална клима и друштвене прилике у Француској осамнаестог века јасно нам говоре да се ни дотадашњи инквизиторски судски поступак није могао провући кроз комешења револуције у којима је стари режим докусурен. Будући да у новом времену нису били од користи, постојећи оријентири су напуштени а конфронтација са традицијом била је неизбежна. Гром просветитељства погодио је и правила кривичне процедуре. Стога се не треба чудити што се први архитекта француског постреволуционарног кривичног поступка определио за трансплатацију енглеског акузаторског поступка. Судски поступак је претворен у спор равноправних странака који се покретао по систему популарне тужбе, а одвијао се пред поротом у складу са принципом контрадикторности. Као са рекама, које често почињу бучним водопадима а ниједна од њих не јури и не пени све до мора, било је и са овом реформом. У пракси се нови начин поступања показао неделотворним, па је промене требало вршити наново. Мешовити тип кривичног поступања први пут је правно уређен законом из 1808. године.²³⁶ Настао је као компромис између инквизиторског поступка који је важио у Француској до револуције, и чисто оптужног поступка кога је покушала оживети Француска револуција.

3.3. Интермецо: Волтер адвокат

Сматрамо, као и Љермонтов, да је историја људске душе, чак и оне најситније, готово занимљивија и кориснија од историје целог народа и верујемо, заједно са Александром Димом, да се и у малом садржи све тј. да се и из малих, појединачних случајева могу извући велики закључци. Концетровани дух времена о којем пишемо представља *случај Калас*, због чега ћемо га овде укратко интерпретирати.²³⁷ Јер, да парафразирамо Непота, ономе ко се упозна са овим суђењем неће бити потребно много историје кривичног поступка тог времена.

Позадина. Средином XVIII века у Француској, још увек раздираном верском мржњом, протестанти су у много чему били дискриминисана врста. Осим што нису могли

²³⁶ Уз више измена био је на снази до 1959. године.

²³⁷ Видети В. Дјурант, *Доба Волтера*, Нродна књига, Београд, 2004, стр. 661-669.

радити у државној служби, недоступна су им била и многа друга занимања (нпр. адвоката, лекара, апотекара, златара и др.). Протестантска богослужења су била забрањена: верници затечени на литургији слани су на доживотну робију, док је свештеник кажњаван смрћу. Жан Калас је био трговац платном и један из малобројне групе хугенота - калвинистичких протестаната - који су после више од стотину година прогона опстали у Тулузу. Имао је супругу, четири сина и две ћерке. Један од синова, Луј, по наговору гувернанте, католикиње Жане Винијер, преобратио се у католика. Интересантно је да му отац није обуставио редовна новчана давања, нити је отпустио слушкињу. Најстарији син, Марк Антоан, завршио је право, али као протестант није могао да започне праксу. Озлојеђен, покушао је на превару да исходи сведочанство да је католик. Његова намера је откривена, па му је остало да бира између вере и каријере. Предао се меланхолији, коцки, пићу и Хамлетовим стиховима о самоубиству. Тринаестог дана десетог месеца 1761. године породица Калас се окупила за вечером у просторијама изнад продавнице. Нешто касније Антоан је сишао у продавницу и како се дуго није враћао рођаци су кренули за њим. Затекли су га мртвог како виси са шипке коју је поставио између два довратка. Француски закон је прописивао да се самоубица вуче го по улицама да би га светина засипала камењем и блатом и на крају обесила. Знајући то, отац је направио фаталну грешку: преклињући је убедио породицу да се случај представи као природна смрт. Међутим, у гомили која се брзо окупила био је и један полицајац, који је чуо причу и видео конопац и трагове на врату покојника. Читава породица је одведена у полицијску станицу и смештена у засебне ћелије. На испитивању којем су били подвргнути следећег дана сви су признали да је Антоан извршио самоубиство. Командир полиције им није поверовао оптуживши их да су покојника убили како би спречили његов прелазак у католичанство.

Суђење. Процес је вођен пред дванаест судија Општинског суда у Тулузу. Истовремено је у свакој цркви после литургије читан проглас којим су сви они који нешто знају о овој смрти позивани да сведоче. Пријавило се неколико људи. Један берберин је сведочио како је кобне вечери чуо крик из куће породице Калас: „Они ме даве“. И други су тврдили да су чули сличне крике. Каталочика гувернанта је, међутим, под заклетвом изјавила да су њени протестантски послодавци невини. Суд је Жана Каласа, његову супругу и Пјера огласио кривим и осудио их на смрт вешањем; Лавајеса је осудио на робију на галији, а Жану Вињијер на пет година затвора. О овој одлуци је као

другостепени орган одлучивао Тулушки парламент који је формирао групу од тринаест судија. Саслушана су још шездесет и три сведока а сви докази су се сводили на „рекла-казала“. Суђење је трајало три месеца при чему су породице Калас и Лавајес држане одвојено у затвору. Коначном пресудом осуђен је само отац. Нико се није потрудио да објасни како је човек од шездесет и четири године, без ичије помоћи могао да савлада и удави одраслог сина. Суд се надао да ће Калас, под мукама, признати. Био је подвргнут, *question ordinaire*: руке и ноге су му растезане док нису испале из чашица. Тражили су од њега да призна кривицу а он је све време тврдио како је Марк Антоан извршио самоубиство. После пола часа паузе подвргнут је *question extraordinaire*: у грло му је саливено осам литара воде; и даље је понављао да је невин; још осам литара воде је силом саливено у његово тело, тако да је био надут у тој мери да је изгледао двоструко крупнији; он је и даље тврдио да је невин. Дозволили су му да избаци воду, затим су га однели пред трг на катедралу; положили су га на крст а целат му је, са једанаест удараца гвозденом шипком, поломио удове на два места. Старац је, позивајући се на Исуса Христа, још једном поновио да је невин. После два сата агоније био је задављен. Десетог дана марта месеца 1762. године леш је завезан за колац и спаљен.

Савест Европе. Када је две седмице доцније добио глас о овој трагедији, Волтер је покушао да обнови процес. У ту сврху је ангажовао адвокате да га саветују о техничким детаљима везаним за случај. Објавио је памфлет *Оригинална документа у вези са смрћу Г. Каласа*, и наставио да прича о случају обраћајући се другим писцима да својим пером покушају да пробуде савест Европе. Прикупљао је новац да би могао да подмири трошкове кампање коју је до тада сам плаћао. Прилози су стизали са свих страна, укључујући и енглеску краљицу, руску царицу и пољског краља. Дана 07. марта 1763. године краљевски савет је једногласно одлучио да се случај мора преиспитати. У то време Волтер је написао и објавио свој епохални трактат о толеранцији. Предухитрио је Гибона тврдећи да је римски прогон хришћана надалеко надмашен хришћанским прогоном јеретика, који се вешају, гуше у води, разапињу на точак или спаљују, све у име љубави према Богу. Краљевски савет је 09. марта 1765. године пресуду у случају Калас прогласио неважећом, а њега невиним. Породици је на име одштете исплаћен износ од 30.000 фунти.

3.4. Анатомија мешовитог поступка

Нови поступак створен је мешањем елемената из два постојећа типа кривичног поступка. Једно од бодљикавих питања везано за овај амалгам односи се на његову праву природу. У које „јанусовско лице“ овог поступка се гледа зависи понајпре од светлости погледа онога који посматра. За англо-америчке коментаторе углавном нема двојбе: и даље се ради о инквизиторском моделу, само незнатно модификованом. Из континенталноевропске перспективе овај се поступак доживљава као нека врста процесног хермафродита - „средњег пута“ између инквизиторске баштине и достигнућа англо-америчког поступка. *У праву су и једни и други.*

Основно обележје мешовитог кривичног поступка јесте његова вишефазна хијерархијска композиција. Процес се одвија у етапама, од којих је свака само једна у низу подједнако важних епизода.

Истрага је први стадијум поступка, посвећен прикупљању материјала релевантног за доношење одлуке о подизању оптужбе против окривљеног. У складу са наслеђеним схватањем да је унилатерално прикупљање доказа нужно за утврђивање истине, овај је сегмент поступка задржао конструкцију службене истраге. Спроводи је посебно судско тело – *истражни судија*. Ипак, нова истрага није проста копија истраге из инквизиторског модела. У мешовитом поступку извршена је диференцијација процесних улога. Поступак се покреће *ex officio*, али сада се то чини на захтев *јавног тужиоца* којем је поверена функција кривичног гоњења. Јавно тужилаштво се као посебни државни орган за вршење кривичног прогона појавило почетком деветнаестог века, дакле у време настанка мешовитог типа кривичног поступка.²³⁸ Увођењем јавног тужилаштва у кривични поступак, те организовањем овог органа на за њега карактеристичним начелима (монократско уређење, хијерархија, деволуција, супституција), осигуран је како системски кривични прогон тако и надзор државе над овом функцијом кривичног поступања. Како

²³⁸ Јавно тужилаштво је Француској, где је мешовити тип поступка и настао, израсло из већ постојеће организације краљевских прокуратора. Наиме, краљевским прокураторима, који су још од шеснаестог века деловали као заступници краљевих финансијских интереса, уступљен је кривични прогон како би се онемогућила кумулација процесних функција. Тако је разграната мрежа овог тела омогућила да се веома брзо, променом имена и делокруга, устроје нова тела кривичног прогона - јавни тужиоци.

би казао Монтескје, „јавни тужилац бди у име грађана; он делује а они су спокојни.“²³⁹ Положај *окривљеног* је вишеструко повољнији. Додуше, он је и даље извор информација о кривичном случају – његовим саслушавањем започиње поступак – али он није дужан да одговара на постављена питања нити да говори истину. Окривљени има право на браниоца од почетка процеса, има право да присуствује извођењу доказа, да предлаже доказе и разгледа списе. Уколико се не оконча обуставом, истрага се завршава кад истражни судија нађе да је стање ствари довољно разјашњено. Спис предмета се након тога доставља тужиоцу који одлучује о томе треба ли поступак наставити.

Главна расправа. Овај је стадијум замишљен као централна фаза поступка у којој у пуној мери до изражаја долазе карактеристике модела за решавање спора. То је сегмент мешовитог поступка који својом организацијом омогућује кулминацију најважнијих процесних принципа: начела контрадикторности, непосредности, усмености и јавности. Да би се умањила важност претходног поступка, првостепена одлука треба да буде утемељена искључиво на доказима непосредно изведеним у судници. За разлику од ранијег инквизиторског поступка, суд не може одбити одлучивање све док не буде „опсежније информисан“. Но, мешовити се кривични поступак није одрекао претензија ка постизању исправног исхода. Резон је следећи: у поступку се мора водити рачуна и о глави најнижег грађанина; добра и част му се могу одузети тек после дугог испитивања и пошто су му остављена сва могућа средства да би се одбранио. Јер, дељење правде која одлучује о животу и добрима изискује помне истраге. А обазривост судије мора бити утолико већа што је залог којим располаже већи и што су већи интереси о којима изриче пресуду. Зато се настоје изградити процесна правила која олакшавају постизање исправних резултата. И зато је, упркос негативним атрибутима који се везују за инквизиторски поступак, неко од угаоног камења за нову процесну грађевину узето и са развалина те процедуре. Ту се пре свега мисли на начела *официјелности кривичног гоњења и тражења материјалне истине*, која су и новом поступку задржала пређашњи значај. Са аспирацијом да се у кривичном поступку утврди истина тесно је повезана *инквизиторна максима*, која подразумева овлашћење суда да независно од предлога странака прикупља доказе и утврђује чињенице које сматра потребним за доношење

²³⁹ Ш. Монтескје, *op.cit.*, стр. 71.

одлуке. Она је логична последица закључка да одговорност за исправност резултата кривичног поступка може бити једино на расправном суду. Крене ли се од предње конклузије као аксиома, даље следи да субјект који одговара за исправност одлуке односно тачност њене чињеничне основе, мора бити властан и да утврђује чињенице на основу којих ће своју одлуку донети.²⁴⁰ Јер, „да би могао успешно обавити тај задатак, тј. да правилно утврди чињенично стање, суду се морају оставити одрешене руке да слободно сегне за свим изворима сазнања и свим чињеницама што су му потребне за доношење одлуке...У давању суду такве иницијативе (а, према томе, у његовом ослобађању од иницијативе и воље странака) огледа се, поред слободног судијског уверења, основно средство и гаранција за правилно утврђивање чињеничног стања.“²⁴¹ Суд је, према томе, дужан да иде даље од материјала који су му поднеле странке кад год му се чини да је то нужно ради постизања тачног исхода. На крају, треба приметити и то да је давање судији пуне иницијативе при утврђивању чињеничног стања у континенталној процесној теорији дуго времена једнодуншно оцењивано као огроман напредак у односу на стање у чистом оптужном поступку.²⁴²

Правни лекови. Жалбени поступак у мешовитом кривичном поступку има многоструко већи значај него у англо-америчком праву.²⁴³ Иако зависи од диспозиције странака поступак по жалби је природни наставак првостепеног суђења и, у редовном развоју догађаја, очекивана фаза. Преиспитивање побијане одлуке је свеобухватно и односи се на све аспекте првостепене одлуке (и чињенична и правна питања). Циљ правних лекова је у стварању могућности да се отклањањем недостатака побијане одлуке

²⁴⁰ У том контексту илустративна је изјава коју је дао Claude Jorda, председник Хашког суда за бившу СФРЈ: „Ја сам одговоран за утврђивање чињеница, зато морам имати право да изведем доказе и постављам питања макар и након тога што су странке извеле све своје доказе“.

²⁴¹ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 45.

²⁴² Пратећи историјски развој облика поступања у кривичним стварима, као и еволуцију друштвених односа уопште, умесно је поставити питање шта се то у друштвеној стварности променило па се решења, готово два века слављена као напредна, замењују формама које су готово исто толико времена означаване као превазиђене? Но, колико су водилачки духови историје непредвидиви најбоље оцртава следећи цитат: „Обрнуто, дешава се понекад да се, услед необавештености и непознавања правог стања ствари, чине покушаји усмерени на реafirмацију процесних принципа који су изгубили свој првобитни значај или су постали потпуно превазиђени (нпр. захтеви, који се с времена на време и код нас чују, да се уведе класична порота и начело пуне контрадикторности оптужног поступка тако да уместо судске одговорности за утврђивање чињеничног стања терет доказивања сноси странке).“ – М. Грубач, *Начела кривичног поступка и њихова трансформација*, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр.97/1994, стр. 65 – 96.

²⁴³ Видети Д. Радуловић, *Кривично процесно право*, Универзитет Црне Горе, Правни Факултет, Подгорица, 2009, стр. 327-329.

постигне правилна и законита одлука.²⁴⁴ У овако одређеном циљу правних лекова лако се препознаје тежња мешовитог поступка за утврђивањем стварног стања ствари.

Примећујемо, дакле, да се у мешовитом поступку вечна антиномија између захтева *правне сигурности* и императива *тачног исхода* доживљава битно другачије него у његовом англо-америчком пандаму. У страначки обликованом поступку, видели смо, важније је да се спор оконча, него да се он оконча праведно. У мешовитом су поступку, пак, границе које *тражењу исправних одлука* постављају неизоставни *захтеви њихове стабилности*, постављене знатно шире. Из различито постављених приоритета два поступка нужно произлазе и разлике у значају правних лекова.

3.5. Поглед с друге стране Ла манша

Англо-амерички правници у мешовитом поступку виде инструмент за усмеравање друштва ка извесним вишим циљевима и сходно томе сматрају да се сва питања овог поступка третирају инструментално и своде на тражење решења која највише могу допринети остваривању виших циљева. У том смислу је, по њиховом суду, постреволуционарни амалгам само једна варијација једностране службене истраге. Ово отуда јер се он заснива на класичној концепцији процедуре по којој су њен циљ и суштина права спознаја и истинска правда тј. доношење пресуде исправне у меритуму. Одатле произлази дужност суда да трага за исправним решењем, независно од аргумената или жеља процесних учесника. А давање суду таквог задатка подразумева снажно пулсирање истражне максиме и на главној расправи, што за последицу има парадоксалну ситуацију: сужавање контрадикторности, принципа на којем је главна расправа пројектована. На Континенту ове концесије истражној максими на рачун контрадикторности нису доживљаване као жртва. Напротив, видели смо да се оне третирају као нужан услов постизања исправног исхода из којег и извире легитимитет одлука. На њих се, међутим, с друге стране Канала друкчије гледа: таква главна расправа само је симулација страначког надметања и дискретна фасада на, у суштини, инквизиторском поступку. Испод брижљиво одабране шминке, прозрели су Англосаксонци, лежи инквизиторски пралик

²⁴⁴ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2006, стр. 126.

мешовитог поступка. Они, дакле, тврдо верују да мешовити поступак са собом носи пртљаг прошлости којег се не може ослободити.

Из англо-америчке перспективе се чини да слободна оцена доказа у континенталном поступку никада није достигла свој пуни обим. Ограничено дејство овог начела везује се за изражену хијерархијску структуру мешовитог поступка. Првостепена пресуда, наиме, мора садржати детаљно образложење утврђеног чињеничног стања чију уверљивост преиспитују жалбени судови. Кроз ову свеобухватну контролу изворни доносиоци одлука у ствари „уче“ да своје пресуде образложе на начин који ће одолети преиспитивању више инстанце. Свеобухватно проверавање од стране другостепеног суда и његова широка овлашћења намећу првостепеним одлукама црту провизорности, афирмишу нестабилност и асоцирају на инквизиторско *absolutio ab instantia*.

Англо-саску перцепцију континенталне главне расправе најлакше је дочарати коришћењем Дамашкиног дара за ковање сликовитих формула: „Истински концентрисано суђење, чак и кад је добро припремљено, захтева да одлуке буду утемељене на свежим утисцима, укључујући изненађење, шок, опчињеност површном реториком, па чак и театралност. Бирократа не воли одлучивање на тим основама. Боји се да би први утисци, након мирног размишљања, могли спласнути као квасац и да би могла бити нужна додатна истрага или аргументација. Бољим му се чини да настави у ‚зубарском‘ стилу - опрезно и у наставцима: након што је неки проблем разматран на првој расправи, могу се појавити нови моменти који ће бити предмет друге расправе, и тако даље, све док неко питање не буде сасвим разјашњено. Последња расправа се онда може посветити повлачењу свих конаца у целину, преиспитивању дотадашњих резултата и мирном доношењу одлуке. Међутим, чак и та последња расправа само је пресумтивно коначна: сваки неочекивани развој ситуације или евентуално изненађење може бити разлог одлагања и заказивања још једног рочишта. Не изненађује зато што у континенталној судници ретко долази до непредвидивих ситуација, а ако неко изненађење и наруши уредан ток главне расправе, спремно ће се одредити одлагање док се прашина сасвим не

слегне. Нема смисла захтевати рани *crescendo* једнодевног суђења ако након њега рутински следи *diminuendo* призивних рунди.²⁴⁵

Добар пример за објашњавање англо-америчког доживљаја мешовитог поступка као инквизиторског пружа домаће правосуђе. Ради се, наиме, о варијанти сумарног поступка насталој изменама бившег ЗКП-а, којим је поље важења скраћеног кривичног поступка проширено и на дела за која је прописана казна затвора до пет година, а претпоставке за одржавање главне расправе постављене још флексибилније. У том обиму, с обзиром на број кривичних дела на које се протезао, као и чињеницу да су таква дела најзаступљенија у укупном криминалитету, скраћени поступак је постао доминантна форма поступања у раду основних судова. У том смислу ни питање која је процедура редовна а шта је изузетак није било сасвим неумесно. С друге стране, додатна либерализација услова за одржавање главне расправе (присуство тужиоца је постало факултативно!) довела је до тога да се суђење у скраћеном поступку по правилу одвијало без учешћа заступника оптужбе. Тако су две, са аспекта непромишљеног законодавца баналне промене, које су једино требале да побољшају ефикасност, читав поступак заоденуле у инквизиторско рухо.

Да би то пластичније објаснили направимо дигресију и подсетити да се као један од кључних аргумената у критици судског концепта истраге спомињала инертност тужиоца. Тако се истицало да се он углавном ослања на оно што органи унутрашњих послова и истражни судија прикупе и доставе му, те да је таква пасивност у колизији са његовом основном функцијом кривичног гоњења.²⁴⁶ Још је апострофирано да се, због тога што положај актера истраге није усклађен са њиховим процесним улогама, на суд индиректно пребацује функција кривичног гоњења и да се том дихотомијом функције истражног судије на суд пребацује одговорност за успех оптужбе.²⁴⁷ Све наведено се у мултипликованом облику испољило на главној расправи у сумарном поступку. У процесу у којем се не спроводи истрага него се најчешће директно подноси оптужни акт, и у којем

²⁴⁵ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод, Глобус, Загреб, 2008, стр. 55.

²⁴⁶ Видети С. Бејатовић, *Радна верзија Законика о кривичном поступку РС и тужилачки модел истраге*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.2, 2010, стр. 1-33.

²⁴⁷ В. Ђурђић, *У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека* у Зборнику радова Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу“, Ниш, 2008, стр. 303.

тужилац нема обавезу да активно учествује у доказивању оптужбе, суд је принуђен да о основаности тужбеног захтева закључује само на основу сопствене иницијативе. Описани положај суда још је више осенчио стару примедбу мешовитом поступку да последицу судске одговорности за утврђивање чињеница представља стерилност странака у изношењу доказног материјала, чиме се доводи у питање непристрасност суда. Ово, опет, има везе са највећом маном унилатералне методе утврђивања чињеница, јер процес истраживања, као што је познато, ствара притиске да онај који истражује постави одређену хипотезу о догађају који се реконструише.

V. ПРВИ ПРИНЦИПИ

1. ПРОЛЕГОМЕНА

Процесна начела су “највише генерализације”, опште идеје које детерминишу битне црте поступка,²⁴⁸ синтетичке формуле чији су одсјај конкретна правила која би без њих – позајмићемо једну Дјурантову метафору - личила на гомилу наслова књига који су случајно испали из неког каталога, у супротности према истим насловима који су поређани према својим врстама, према својој вези, и према свом одређењу. Отуда су се правни теоретичари свих генерација радо одазивали изазову тражења најважнијег међу њима, *врховног начела* пред којим (при моделирању процесних форми) морају уступити сва друга начела. Европскоконтиненталној правној традицији се по правилу импутира фаворизовање *начела тражења истине*, које је ово почасно место зарадило као гесло борбе за слободну оцену доказа. У међувремену је питање формалне доказне теорије постало анахроно, а испоставило се и да судски кривични поступак није форма у којој се без ограничења може операционализовати Шилерово књижевно гесло да „на сваком путу, у сваком облику тражи увек исто: истину.“ На темељу тих кретања *начело тражења истине* је на месту стојерног процесног принципа замењено *начелом правичног поступка*, гломазном појмовном конструкцијом преузетом из англоамеричког процесног права у чијој су суштини принцип расправности и право на „једнакост оружја“.²⁴⁹ Тријумфом овог комплексног начела створени су услови за експанзију акузаторских елемената англоамеричког поступка у право континенталне Европе.²⁵⁰

Однос између две опречне тенденције у кривичном поступку – тежње да се проналажењем и кажњавањем сваког учиниоца кривичног дела заштити општи интерес, са

²⁴⁸ Опширно о појму и проблему дефинисања начела код В. Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 50-51.

²⁴⁹ Види о томе: В. Ђурђић, *Начело правичног поступка*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/2006, стр. 60 – 77.

²⁵⁰ Важна улога у том процесу допала је Европском суду за људска права који, у контексту горњих тонова, представља својеврсног „тројанског коња“ у ширењу англоамеричког утицаја.

једне стране и тежње да се слободе и права појединца заштите од репресивне државне власти, са друге – однос је између начела тражења истине и начела правичног поступка. Какав је омер снага тренутно, прегнантно илуструје стајалиште једног америчког савезног судије: “Ми никада не знамо јесмо ли утврдили истину. Нема објективне истине, истина се тек ствара у процесу. Стога је права сврха поступка да се оправда изрицање кривичне санкције. То се постиже тако што се у поступку придржавамо правила *fair* понашања. Из тог придржавања произилази свима прихватљива одлука којој ниједна страна не може приговорити.”²⁵¹

Тренутно владајуће схватање има, по нашем суду, супстанцијалне недостатке. На наредним странама покушаћемо не само да ову тврдњу објаснимо, него и да створимо нову, другачију основу за разматрање односа између *процесне праведности* и *материјалне правде*.

2. ДОГМА О ПРАВИЧНОМ ПРОЦЕСУ: УГАОНИ КАМЕН САВРЕМЕНОГ АКУЗАТОРСКОГ ПОСТУПКА

2.1. Уводне напомене

Правично суђење је у моди. И не само то. Идеја о правичном поступку обавијена је аурум ексклузивности и учињена надменом на један ортодоксан начин. Ради се о учењу које унапред и без остатка одбацује целокупно наслеђе “староевропског” поступка. Синтагма “правичан поступак” изриче се са таквом мером побожне занесености да пре асоцира на неку догму, него на темељни принцип организовања кривичног поступка. Наведени концепт не само што се прихвата као непорециво позитиван, него се доживљава као *крајње достигнуће у моделирању судског поступка*, због чега се све оно што би евентуално могло представљати његову антитезу (нпр. приврженост начелу тражења истине) унапред дисквалификује. Другим речима, са спознајом идеје о правичном поступку кривичнопроцесна наука као да верује да се коначно домогла светлости која би требало да је води.

²⁵¹ Цитирано према М. Дамашка, *Доказно право у казненом поступку: опис нових тенденција*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2001, стр. 3.

Данас је однос према *начелу правичног поступка* као стожерном принципу обликовања кривичног судског поступка линија разграничења у јуриспруденцији: његово аксиоматско прихватање узима се за сигуран знак рационалности и разложности, док сумња у њега имплицира погубну ретроградност. Поред тога, концепт правичног суђења пробија шавове кривичног поступка. Његово прихватање нужна је претпоставка за улазак у сферу “слободног и демократског” света и представља везивно ткиво у интеграцији националних кривичнопроцесних система. Укратко, овај теоријски образац показује *да може бити једнако искључив* као и концепти којима се супроставља. Стога не чуди што се о праву на правичан поступак пише много, претежно афирмативно и на начин који је постао стереотипан. Овакве су анализе углавном егзегетског карактера и свODE се на тумачење “поука” Европског суда за људска права, чији глас Европом данас снажније јечи од оне страшне грмљавине са Синаја. Иако већ уводно слово открива непријатељско перо, дужност нам је да јасно нагласимо дубок критички однос који негујемо према *начелу правичног поступка*. Али се тиме, верујемо, нећемо огрешити о захтеве аксиолошке неутралности: *Sine ira et studio*.

Шта обухвата појам правичног поступка? Да је данас у могућности да задаје загонетке, старогрчка би Сфинга вероватно поставила ово питање. И заиста, прецизан одговор на ово питање готово да није могућ. Само учење о правичном процесу је англо-америчке провенијенције. Континенталном правном кругу је откривено кроз “јеванђеље” савремене Европе - Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП). Међутим, нормативно одређење само је једна, видљивија али мање важна, димензија права на правично суђење. Шта све улази у оквире овог флуидног појма не може се утврдити мимо праксе Европског суда за људска права (ЕСЉП) који, због свог тумачења Конвенције, *представља модерно делфијско пророчиште европског права*. На крају, треба имати у виду да је *право на правично суђење део шире идеологије о људским правима и да се не може посматрати изоловано од тог ширег контекста*. Наиме, ЕСЉП је прогласио да Конвенција представља “уставни инструмент европског јавног поретка (*ordre public*) на подручју људских права”.²⁵² На овај начин су се испуниле Јелинекове пророчке речи којима је завршио једно од својих најпознатијих предавања: “Све се

²⁵² *Loizidou v. Turkey*, 15318/89, 1996.

чвршће стеже правна веза око цивилизованих држава, све се јаче рат и мир укалупљују у правне границе. Показују се прве контуре федеративне организације држава. У којој ће се мери ова заједница развити, данас не можемо замислити. У савременој држави могући су сукоби државног и међународног права и таквих спорова већ имамо. Са даљим развитком права међународне државне заједнице, ови ће сукоби вероватно бити многобројнији. И они ће се решити тако што ће се једно од ових права покорити другом. Није наш задатак да решавамо овај спор, него га препуштамо онима који долазе после нас.”²⁵³ Данас смо сведоци утицаја који ЕСЈП као наднационална инстанца има на нормативну делатност која се одвија на националном плану. Но, да би се ствари које су нам остављене у наслеђе захватиле у корену, потребно је да се најпре осврнемо се на шире контекстуалне чиниоце.

2.2. Поглед у историју идеје

Кратки двадесети век је уистину био доба екстрема: његова се амплитуда померала од великих катастрофа светских ратова до вртоглавог технолошког напретка и економског благостања западног света.²⁵⁴ Иако су се одвајкада могле чути примедбе да је историја једва нешто више од дуге хронике људских злочина и несрећа, прошли век је и у том смислу донео одређене иновације оличене у ратовоњу на глобалном нивоу. Крв је лила у потоцима, као да је шампањац, па испада да су циници који верују у “обрнуту еволуцију” - да људска врста постаје све гора и да ће последњи човек бити злочинац и лудак - у праву, и да је цивилизација људе учинила ако не још крволочнијима, а оно горе и одвратније крволочнима него што су били раније. Чак је и разлика између Првог и Другог светског рата застрашујућа: само 5% страдалих у првом су цивили док се у потоњем та бројка пење на 66 % укупно погинулих. Иначе, Први светски рат је био први рат који су обе стране водиле као “игру нулте суме” тј. као рат који може бити тотално добијен или тотално изгубљен.²⁵⁵ У складу с тим, као и уверењем да је за рат искључиво одговорна Немачка, победници су наметнули “казнени мир” којим је кривца требало држати у стању перманентне ослабљености. Зато, по Хобсбауму, Версајски уговор није могао бити основа трајног мира. “Оно мало шанси које је мир имао”, сматра он, “биле су торпедоване

²⁵³ Г. Јелинек, *op.cit.*, стр. 30.

²⁵⁴ Е. Хобсбаум, *Доба екстрема – Историја кратког двадесетог века 1914-1991*, Дерета, Београд, 2004, стр. 12.

²⁵⁵ *Ibid.*, стр. 29.

одбијањем сила победница да реинтегришу побеђене.”²⁵⁶Још један тотални рат био је неминован, а на пољима рушевина која је за собом оставио нећемо се значајније задржавати. Довољно је навести да је, са изузетком неколико земаља, “цео глобус био или у ратном стању, или окупиран, или и једно и друго.”²⁵⁷Оно што је за наш контекст важно јесте да је са окончањем ужаса Другог светског рата дошло до својеврсне *рехабилитације природног права*.

Идеје природног права су у XIX веку готово исчезле као превазиђене и место уступиле *правном позитивизму*, учењу заснованом на оштром појмовном раздвајању важећег (позитивног) права од права које налаже морал. Пут надолезећем позитивизму утро је још Хобс, својим учењем да нико други не може да створи закон осим онога ко има законодавну власт, те да “закон не чини истина већ власт”.²⁵⁸Према схватању позитивиста, дакле, једино право јесте оно које је садржано у законима које је донела држава. “Позитивни закони су они који не постоје од памтивека” – вели Хобс – “већ су их законима учинили они што су имали суверену власт над другима.”²⁵⁹ Дакле, закон је средство у рукама државе а његове одредбе важе једино зато што се догодило да су законодавци који су их донели у то време били на власти. На сличним позицијама били су и *утилитарсти*, од којих се могло чути да је учење о природним правима “веровање у чаробњаке, јер нема тог права које, уколико је његово укидање пожељно са становишта друштва, не би требало укинути”.²⁶⁰Али и оваква гледишта, упркос привидној концепцијској доследности, имају своје замке и крајности које је Хана Арендт одлично уочила: “Сасвим је замисливо да би једног лепог дана, веома организовано и механизовано човечанство могло сасвим демократски, наиме на основу већинске одлуке, закључити да би за човечанство у целини било боље да ликвидира неке своје делове”²⁶¹ Колико је овакво резонавање реално потврђује одбрана оптужених за ратне злочине у Нирнбершком процесу. Главне тезе одбране биле су типично позитивистичке: истицано је а) да дело злочина против човечности није било прописано у време када су окривљени

²⁵⁶ Е.Хобсбаум, *Доба екстрема – Историја кратког двадесетог века 1914-1991*, Дерета, Београд, 2004, стр. 33.

²⁵⁷ Ibid., стр. 25.

²⁵⁸ Т. Хобс, *Левијатан*, Култура, Београд, 1961, стр. 237.

²⁵⁹ Ibid., стр. 250.

²⁶⁰ Ц. Бентам, цитирано према К. Дузинас, *op.cit.*, стр.44.

²⁶¹ Н. Арендт, *The Origins of Totalitarianism*, San Diego, Harvest Books, 1977, стр. 299.

деловали а да кривични закон не може деловати ретроактивно и б) да су окривљени извршавали наређења у складу са законима немачке државе. Суочен са таквим примедбама, трибунал је спознао незаобилазност природноправне традиције и старим, готово заборављеним аргументима дао нову снагу: постоје извесне вредности и права - вечна, универзална и неотуђива – чије се кршење не сме толерисати.

Егзалтација људских права до које је дошло у другој половини двадесетог века у великој мери се ослањала на моралну снагу аргумената употребљених у Нирнбергу и Токију. Ера људских права најављена је усвајањем Повеље Уједињених нација (1945), у којој се заштита људских права означава као један од главних циљева те организације. Кратко потом (1948), Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је Универзалну декларацију о људским правима, необавезујућу прокламацију минималних стандарда којих се власти широм света морају придржавати приликом третмана својих грађана. На овај начин припремљен је терен за доношење обавезујућег Међународног споразума о грађанским и политичким правима (1966). У Европи је 1949. године основан Савет Европе, регионална међународна организација чији је циљ промовисање присније сарадње међу државама како би се предупредиле кобне грешке учињене после Првог светског рата. Једно од средстава за постизање постављеног циља препознато је у широкој афирмацији људских права и основних слобода. У том смислу је установљена дужност свих држава чланица Већа Европе да прихвате начела владавине права и заштите људских права и основних слобода свих грађана под својом јурисдикцијом. Најбоље плодове описаног настојања представља доношење Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП) и установљавање Европског суда за људска права (ЕСЉП). У Риму, четвртог дана једанаестог месеца педесете године прошлог века потписана је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. На снагу је ступила 1953. године, после десете ратификације. Иако директна измена њеног текста није могућа, Конвенција је у току више од пола века свог постојања оплемењавана доношењем већег броја Протокола. Данас је она врх скупине од преко две стотине правних извора Већа Европе којима се уређују људска права и слободе.²⁶²

²⁶² Видети Б. Павишић, *Казнено право Вијећа Европе: извори, коментари, пракса*, Голден маркетинг-Техничка књига, Загреб, 2006, стр. 32.

Узроци и мотиви европских интеграција до којих је дошло после Другог светског рата могу се, према Вајденфелду, класификовати у пет група. Прва је обележена настојањем да се, након националистичких странпутица, створи нови осећај заједништва: демократска Европа спрам одбачене националистичке државе. Другу групу фактора представља тежња за сигурношћу и миром. Пошто појединачне националне државе нису успеле да спрече Други светски рат, родила се нада да ће уједињена Европа на том плану имати више успеха. Таква Европа је истовремено требало да представља брану потенцијалној експанзији комунизма. На трећем месту је била жеља за несметаним кретањем људи, идеја, информација и роба. Ту је затим и надање у привредно благостање. Заједничко тржиште требало је да обезбеди економску стабилност и напредак. Последњи подстрек уједињењу читавао се у очекивању заједничке моћи. Наиме, европске земље које су у Кратки двадесети век ушле као “велике силе” током два светска рата су нестале или су сведене на регионални или провинцијални статус. Западноевропске државе су се надале да ће већ покушај да се створи наднационална “европска заједница” и измисли осећај европског идентитета надоместити део моћи који су појединачно изгубиле.²⁶³

2.3. Тријумф људских права

Можемо рећи да *апотеоза људских права представља сублимацију досадашњих достигнућа у развоју политичких и моралних основа цивилизације*. Сложена таписерија људских права исткана је од јудео-хришћанског теолошког наслеђа, идеја природног права, као и тековина просветитељства, модерног рационализма и постмодерног мултикултурализма. Овде нећемо предузимати мерења колики је допринос појединих компоненти учењу о људским правима. Но, одређено задржавање захтевају идеје природног права које са дивљења достојном гипкошћу опстају већ готово три хиљаде година. Природно право одликује се универзалношћу - оно свуда има исту снагу. Оно је и непроменљиво, јер не зависи “од овог или оног мњења”, већ се “лепи” за природу човека која остаје јединствена испод површине културних разноликости. Можда је најбоље његово одређење дошло из Цицероновог пера: “Истински закон је здрав разум у сагласности са природом, светски по обиму, непроменљив, вечан... Ми не можемо да се

²⁶³ V. Vajdenfeld, *Европа од А до Ш, Приручник за европску интеграцију*, Фондација Konrad Adenauer, 2005, стр. 10.

супростављамо нити да мењамо тај закон, не можемо да га укинемо, не можемо да се ослободимо његових обавеза никаквом легислатуром, и не морамо изван себе да тражимо његовог тумача. Тај закон се не разликује за Рим и за Атину, за садашњост и за будућност;...он јесте и биће на снази за све народе и сва времена. Онај који се о њега оглуши, пориче себе и своју сопствену природу.”²⁶⁴ На ово право позвала се Антигона када је противно важећим законима покопала брата Полиника: “од данас нису они, ни од јуче, свакако, но вечно важе, нико не зна од кад су.” Засновано на уму као својој окосници, природно право омогућује критички однос према свакој људској институцији.

Важне катализаторе операционализације напред изложених идеја предствљали су догађаји попут Француске револуције, Америчког рата за независност или нацистичког холокауста. Наиме, у тренуцима људског незнања, после ратова и тиранских режима, увек се враћало врелима природног права за која се мислило да су давно пресакла. Људска права била су средство обесправљених у борби против угњетавања. Као што је казао Ернст Блох: “Нема стварног инсталирања људских права без краја изабљивања, нема стварног краја изабљивања без инсталирања људских права.”²⁶⁵ Циљ људских права био је, дакле, одбрана од деспотске власти. Списак те борбе је дугачак. Да би то пластичније објаснили вратићемо се у предвечерје Француске револуције, чије су идеје постале хоризонт мишљења потоњих нараштаја. Широм Француске говорници су цитирали Русоа у проповедању суверенитета народа. Мале Дипан се 1799. године подсећао како је деценију раније “чуо како Маре чита и коментарише Друштвени уговор на улици, уз аплауз одушевљених слушалаца.”²⁶⁶ Дела Волтера, Русоа, Дидроа, Рејлана и мноштва других припремала су француску мисао да подржи колонијално ослобођење, а многи амерички лидери – Вашингтон, Франклин, Џеферсон – били су синови француске просвећености. “Уистину”, писао је Токвил, “Американци као да су обавили оно што су замислили наши писци.”²⁶⁷ Декларација о правима коју је 12. 6. 1776. године изгласала Вирџинијска уставна конвенција, те Закон о правима који је придодат америчком уставу, постали су део модела за Декларацију о правима човека коју је обнародовала Француска

²⁶⁴ Cicero, *De re publica*, цитирано према В. Дјурант, *Цезар и Христ*, Народна књига, Београд, 1996, стр. 463.

²⁶⁵ Е. Блох, *Природно право и људско достојанство*, НИП Комунист, Београд, 1977, стр. 7.

²⁶⁶ Н. Martin, *France*, цитирано према В. Дјурант, *Русо и Револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 898.

²⁶⁷ А. де Токвил, *О демократији у Америци*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 2002, стр. 73.

уставна скупштина 26. 8. 1789. године. Последње посезање за непролазним достигнућима и ослободилачким садржајима природноправне традиције догодило се, како смо већ споменули, после страхота нацистичког холокауста.

Већ смо истакли да је величање људских права после Другог светског рата постало доминантан начин мишљења. Међутим, у сутон двадесетог века кроз академске кругове на Западу је прострујала бодљикава мисао да је ера људских права завршена. Наведену идеју бриљатно је елаборирао Костас Дузинас. Централну осу његовог промишљања представља дилема јесу ли људска права још увек одбрамбена баријера доминацији и угњетавању или су се претворила у средство за идеолошко заташкавање настајуће империје.²⁶⁸ Крећући се по уском брвну, Дузинас тврди да су људска права коначно тријумфовала 1989. године, када су после распада СССР-а постала *lingua franca* новог светског поретка и универзални морал савременог доба. Међутим, тај тријумф истовремено је означио и њихову неповратну трансформацију, која је потом изнедрила напред изречену дилему. Наиме, проницљивим посматрањем “дугог марша” људских права, Дузинас долази до закључка да су се она изметнула у инструмент за подупирање моћи држава. Најмоћније државе су, сматра он, посредством дискурса о људским правима успеле да своје приоритете претворе у универзални интерес. Вођен уобразиљом о сопственој цивилизацијској супериорности, Запад клаузуле о људским правима и доброј владавини рутински намеће неразвијеним земљама као предуслове за трговину и споразуме. Другим речима, људска права постала су покретачка сила међународних односа и начин вођења политике у складу са етичким нормама. Њихово прихватање нужна је претпоставка за улазак у сферу управљања светом. С друге стране, одбацивање тих правила више не значи само дипломатске осуде на међународном плану и театралне нападе у медијима, већ и бомбардовање, инвазију и окупацију.²⁶⁹ Геополитички оквир новог миленијума, извесно је, представља либерални космополитизам и његови знаци су, по Дузинасу, свеприсутни. Јер, “људска права су судбина наших друштава, идеологија после краја идеологија, једине вредности које су преостале у свету без вредности после краја историје.”²⁷⁰

²⁶⁸ К. Дузинас, *op.cit.*, стр. 20.

²⁶⁹ *Ibid.*, стр. 59.

²⁷⁰ *Ibid.*, стр. 230.

Дузинас посебно апострофира чињеницу да у великом подухвату промовисања људских права главне улоге играју представници влада, дипломате, политички саветници, међународни цивилни службеници и експерти за људска права. “Права су све мање ствар разматрања и метода филозофа морала и права”, вели Дузинас, “а све више приоритетна ствар политичара. Покушај да се људска права изложе на рационално или морално кохерентан начин осуђен је на неуспех због неуједначености пракси које употребљавају тај термин и због тога што чак ни институционални и доктринарни текстови не могу бити рационално систематизовани. Стављајући себи у задатак да отклони неизбежне двосмислености, контрадикције и конфликте, либерална јуриспруденција се често показује као *ex post facto* рационализација онога што је одлучила власт.”²⁷¹ Кооптирање људских права у надлежност владе представља по Дузинасу сигуран знак да су изгубила критичку снагу и да се њихова улога преокренула. Ситуација у којој људска права настају као дело влада најбоље се може илустровати ситуацијом у којој се ловокрадица претворио у чувара лова. На описани начин људска права уместо да буду средство против концентрације моћи, постају нормативни извори успостављања империје, доминације и угњетавања. “Наводни космополитски карактер савремене политике”, с утанчаном разборитошћу закључује Дузинас, “не изводи се из њеног подвргавања универзалним правилима. Тачно је супротно: универзална правила стварају они који могу водити светску политику.”²⁷²

Гледишта попут овог постављају основу за нову, радикално измењену историјску ситуацију. Људским правима отет је њихов природни циљ због чега су она, иако бескрајно умножена, изгубила много од своје виталности и делотворности. Да би сачували баштину природног права морамо га, као што каже Нојман, изнова реконструисати.²⁷³ Са тог становишта требало би посматрати и одлуке Европског суда за људска права које се тичу права на правичан поступак.

²⁷¹ К. Дузинас, *op.cit.*, стр. 33.

²⁷² *Ibid.*, стр. 233.

²⁷³ F. Neumann, *Types of Natural Law*, видети код Д. Баста, *Право под окриљем утопије*, Рад, Београд, 1988, стр.146.

2.4. Појединачни случајеви

Већ смо указали на дифузан карактер врховног начела организовања кривичног поступка. Јер, компоненте наведене у одредбама Конвенције представљају само “врх леденог брега”. За раскошну надоградњу овог појма најзаслужнији је Европски суд за људска права, промотер англо-америчког поступка за подручје континенталне Европе. Да концепт правичног суђења има много магловитих подручја и спорних тачака потврђују и напрезања на која је правна наука приморана како би у њему препознала ред, рационалност и дубљи процесни смисао. Један од солиднијих таквих покушаја можемо наћи у домаћој доктрини. Ђурђић, наиме, сматра да је прва претпоставка за то одређивање „шта се има сматрати међународним (европским) правним стандардом и која јемства потпадају под право на правично суђење.“²⁷⁴ Стандарде који, по њему, творе право на правично суђење класификује у три групе: 1) стандарде које инволвира *право на приступ суду*, 2) стандарде *права на правичан поступак*, саздано на начелу правичног поступка, начелу јавности и начелу суђења у разумном року и 3) стандарде означене као *право на суд*, оличено у правном тројству законитог, независног и непристрасног суда. Сама оцена правичности процеса (што се у процесној литератури именује као начело правичног поступка) врши се кроз две врсте критеријума. Једни су општег карактера, будући да важе у свим судским поступцима, и подразумевају право странака да присуствују радњама и буду саслушане, право на „једнакост оружја“, забрану незаконитих доказа и право на образложену одлуку. У посебне критеријуме, карактеристичне само за кривични поступак, рачунају се претпоставка невиности и конгломерат посебних гаранција права на одбрану, тзв. минимална права одбране.²⁷⁵ Сврха која оправдава постојање *начела правичног поступка* и сама његова суштина, сматра овај аутор, јесте успостављање равнотеже између права државе на кажњавање и нужности да се тај државни монопол примењује правично према свим члановима друштвене заједнице,²⁷⁶ односно на начин који сваки члан

²⁷⁴ В.Ђурђић, *Нормативне претпоставке права на преавично суђење у кривичним стварима*, Правни живот, 9/2013, стр. 716.

²⁷⁵ Ibid., стр.718.

²⁷⁶ Видети В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 54-55.

„од ње може легитимно захтевати, а који је садржан у правним нормама које је држава сама донела, тј. у њеним ауторитативним правним стандардима.“²⁷⁷

Како би касније лакше пратили докле иду границе растегљивости овог сложеног појма, овде ћемо навести његово нормативно одређење. Дакле, чл. 6. ЕКЈП гласи:

1. Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

2. Свако ко је оптужен за кривично дело сматраће се невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона.

3. Свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права: а) да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима за оптужбу против њега; б) да има довољно времена и могућности за припремање одбране; ц) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере, или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, да ову помоћ добије бесплатно када интереси правде то захтевају; д) да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитују и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега; е) да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме или не говори језик који се употребљава на Суду.

²⁷⁷ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 55.

Сви овде садржани правни стандарди заједно творе право на правичан поступак. Међутим о овом начелу се не може расправљати изоловано од праксе ЕСЉП. Јер, Европски суд је неупитни ауторитет и непогрешиви егзегета конвенцијских одредби. И више од тога. Пошто је “Писмо” непроменљиво а времена јесу, Суд, вођен харизмом која је на њега пала, открива народима (државама) скривени дух Конвенције. Да на појму правичног поступка вежба своје креативне способности, Суду су омогућили и широки и неодређени изрази (нпр. нечовечно или понижавајуће поступање, разумни рок, неопходно у демократском друштву и др.) које Конвенција употребљава. Другим речима, одговоре на многа питања Суд оставља у стању сибилске неразговорности, баш онако као што је Хераклит рекао о делфијском пророчишту: “нити говори, нити скрива, него наговештава”.

У овом контексту неизоставно је упућивање – макар се доцније испоставило да је то учињено с дозом хладне ироније – на тзв. доктрину поља слободне процене. Ради се, наиме, о томе да Конвенција, водећи рачуна о различитости националних правних традиција, декларативно не тежи потискивању националног права. Да би наведени принцип илустровали, правни теоретичари се често позивају управо на пример права на правичан поступак, које државе по сопственом избору једнако могу регламентирати било у акузаторском, било у мешовитом кривичном поступку. Међутим, резултати тзв. “меког” нормативног утицаја Конвенције, испољени у настојању законодавне и судске власти појединачних држава да решењима у свом унутрашњем праву избегну будуће повреде њених одредаба, показују да се правично суђење нераскидиво повезује са акузаторским моделом кривичног поступка. Исто, видећемо, показује и пракса ЕСЉП.

2.4.1. Образложене одлуке и право на жалбу

Питања права на жалбу и образложену одлуку представљају идеално поље за синкризу два типа поступка. Видели смо већ да је англо-америчко правосуђе, без обзира на еволуционе процесе, остало привржено једноступеном одлучивању. Седименти “дана на суду” видљиви су и на данашњој његовој структури. О одговорности оптуженог изјашњава се без образложења порота, простим констатовањем његове кривице или невиности. Против ослобађајуће пресуде жалба није дозвољена. У случају осуђујуће пресуде разлози за побијање поротничког “откровења” постављени су рестриктивно и углавном су ограничени на процесне недостатке који су претходили одлучивању. Оданост

одлучивању на једном нивоу власти и компетативни карактер адверзијалног поступка изнедрили су замршен поступак по правним лековима. У САД је ову комплексност најлакше илустровати кроз доктрине о “губитку права” (*forfeiture*) и “нешкодљивој погрешци”. Наиме, један одблесак страначки обликованог поступка представља обавеза процесних протагониста да још у току главне расправе рекламирају уочене неправилности, јер је то предуслов да би се спорно питање могло преиспитивати жалбом. На тај начин се расправном суду оставља могућност да исправи погрешке до којих је дошло у првостепеном поступку. Уколико окривљени пропусти да у току расправе исправно “конзервира” (*preserve*) погрешку за разматрање у жалбеном поступку, она се сматра “изгубљеном” (*forfeited*). Под таквим околностима, жалбени суд ће окривљеников приговор узети у обзир само уколико се односи на очигледну погрешку (*plain error*). Због сложене природе кривичних предмета, императива економичности и различитих страначких стратегија пред поротним судом, врло су ретки случајеви у којима је свака погрешка прописно “очувана” (*preserved*). Због тога се питање “изгубљености” (*forfeiture*) појављује у безмало сваком другостепеном кривичном поступку.²⁷⁸

Насупрот томе, у вишефазном, хијерархијски устројеном мешовитом кривичном поступку свеобухватно преиспитивање одлуке од стране више инстанце представља природни наставак првостепеног поступка. То је логична последица процеса рационализације правног система. У основи појма рационализације стоји идеја рачунице и ефикасности. У судском поступку то значи изграђивање мреже начела и стандарда који прерастају у јединствену схему поступања која се одлукује све већом логичком сублимацијом и дедуктивном строгошћу. Генеалогија права и правног поступка води до “систематског озакоњења права и до стручног ‘правосуђа’ чији су носиоци особе које су добиле правно образовање на основу литературе и формалне логике (специјализовани јуристи).”²⁷⁹ Тако у процесу доношења одлука *логички легализам* замењује одлучивање на основу конкретног открочења.²⁸⁰ Образложење одлуке у “његовој ствари” представља минимум који оптужени може очекивати од рационалног правосудног система. Али у техничком смислу, постојање образложене пресуде индуковано је постојањем

²⁷⁸ Видети С. Бекер, *op.cit.*, стр. 343-356.

²⁷⁹ М. Вебер, *Привреда и друштво*, том I, Просвета, Београд, 1976, стр. 702.

²⁸⁰ М. Вебер, *Бирографија* у М.Ђурић, *Социологија Макса Вебера – Преводи из Веберовог дела*, Напријед, Загреб, 1987, стр. 397 - 399.

свеобухватног инстанцијског преиспитивања. Изношење разлога, селектираних и распоређених у складу са тачно утврђеним стандардима, омогућава коначним пресуђивачима ефикасну контролу да ли је одлука логички дедукована из премиса тј. да ли су чињенице правилно подведене под норму. Другим речима, образложена пресуда гарантује транспарентност и редукује арбитрерност.

Резултат овог поступка синкризе јесте спознаја да су питања права на жалбу и образложену одлуку истински тест за Европски суд да испроба своју правну алхемију. Да ли је његова луцидност довољна да се на овој широкој амплитуди пронађе спојни зглавак? Говорећи најшире, праву на жалбу не припада централно место у појму правичног поступка. То је сасвим у складу са његовом англо-америчком провенијенцијом. Сходно томе, ни члан 6. ЕКЉП не спомиње експлицитно право на жалбу. Али је ово право у кривичним стварима зајемчено чланом 2. Протокола бр. 7. који иде уз Конвенцију. Поводом овог питања Суд је изнео да се гаранције из чл. 6. ЕКЉП протежу и на другостепени поступак.²⁸¹ Међутим, начин на који се те гаранције остварују, по схватању Суда, зависе од посебних одлика конкретне процедуре. Мора се, дакле, водити рачуна о целини поступка који се води у оквиру унутрашњег правног поретка, о законском и практичном функционисању жалбеног органа, као и о овлашћењима и начину на који се предочавају и штите интереси странака.²⁸² Да рекапитулирамо: када је у питању право на жалбу, Суд нема јасно издиференцирано становиште а његова је пракса безизразна као улични плочник.

Што се тиче права на образложену одлуку, овај суд, за који се верује да кроз његове одлуке проговарају духови Конвенције, закључује да упркос томе што одредба чл. 6. ЕКЉП не говори експлицитно о нужности образложења, ова обавеза извире управо из те одредбе. Према стајалишту Суда, национални судови нису дужни да на свако питање дају детаљне одговоре, али се аргументи који су од кардиналне важности за исход предмета морају образложити.²⁸³ Теоретичари који се баве праксом ЕСЉП аргументе

²⁸¹ *Delcourt v. Belgium*, 17. јануар 1970. ст.25.

²⁸² *Monnell and Morris v. United Kingdom*, 02. март 1987, ст.56.

²⁸³ Илустрације ради, у предмету *Hiro Balani v. Španija* подносилац представке је суду упутио поднесак који је захтевао хитан и конкретан одговор. Шпански суд уопште није одговорио, чиме је, по схватању ЕСЉП, онемогућио да се утврди да ли је то питање једноставно занемарио, или је имао намеру да га одбаци, и ако је таква намера постојала, који су били разлози за одбацивање.

којима се оправдава изнето становиште разврставају у неколико група. Ради се најпре о разлозима функционалног усмерења (*reasons of a functional orientation*) који се односе на могућност незадовољне стране да проучи разлоге судске одлуке и да у правном леку изнесе своје аргументе. Национални судови су дужни да довољно јасно изложе разлоге своје одлуке јер је то неизоставна претпоставка успешног коришћења права на правни лек.²⁸⁴ Потреба за образложеном одлуком произилази и из разлога правне природе (*reasons of legal theory*), јер се правни ставови изражени у одлуци могу испитати само ако је суд дао потпуно и логично образложење. Ту су и у разлози прихватљивости (*reasons of acceptability*). Наиме, с обзиром да се пресудом решава спор странака неопходно је да она садржи уверљиве разлоге, нарочито када је реч о непрецизним законским појмовима (какав је, на пример, “велика непажња”). У прилог постојања образложења судске одлуке говоре и већ спомињани разлози транспарентности (*reasons of transparency*).²⁸⁵ Овде извршени одабир аргументације Европског суда представља, као што се види, операционализацију *основних постулата рационалног правног поступка*.

Сада се намеће питање како у овако изливен калуп сместити лаконски поротнички одговор. Међутим, при одговору на ово питање реч Суда постаје вишезначна, у тој мери да би му и најчувенија међу „пророчицама“, делфијска Питија, позавидела. Ако апстрахујемо оно што Томас Хобс зове “безначајан говор” (говор који не значи ништа), остаје да *Европски суд не сматра да је поротно одлучивање у колизији са захтевом да пресуда буде образложена*. У основи овог становишта, које је заузела Европска комисија за људска права а ЕКЉП га усвојио, стоји гледиште да питања која расправни судија поставља пороти представљају довољно широк оквир за поротнички праворек. Прецизност питања, по овој доктрини, у довољној мери надокнађује краткоћу поротничког одговора. У једном предмету против Аустрије, Комисија је закључила да не постоји повреда ЕКЉП јер је одсуство образложења надомештено околношћу да је порота добила детаљна питања на која је требало одговорити, као и могућношћу одбране да тражи модификацију тих питања. Поред тога, подносиоцу представке је на располагању

²⁸⁴ *Hadjianastassiou v. Grčka*, 12945/87, 1992.

²⁸⁵ Шире о томе S. Treshel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2005, стр.102-104.

била могућност, коју је он и искористио, да тражи поништење пресуде због тога што је судија издао пороти погрешна упутства у вези са применом права.²⁸⁶

Дакле, на питање да ли кривична пресуда мора бити образложена Суд одговара: мора, ако је образлагање предвиђено правилима конкретне процедуре, и не мора, уколико то није. Па веровање у Бога на Западу се у осамнаестом веку готово угасило јер Црква није била у стању да пружи задовољавајуће објашњење Лисабонског земљотреса, што је, објективно посматрано, много мањи недостатак.

2.4.2. Јавна расправа

Јавна расправа је суштинска карактеристика права на правично суђење. “Јавни карактер поступка пред судским органима на који се позива члан 6. ст. 1. штити странке у спору од дељења правде у тајности, без јавног надзора; то је, такође, један од начина на који се може одржавати поверење у судове, како оне више, тако и оне ниже. Чињеницом да је дељење правде видљиво, јавност доприноси остваривању циља члана 6. ст. 1. то јест, правичног суђења, чија је гаранција једно од темељних начела сваког демократског друштва у смислу Конвенције.”²⁸⁷ Навикнут ваљда да даје амбивалентне одговоре Суд је и у овај аспект правичног суђења унео одређене контроверзе. Пошто постојање повреде увек оцењује у контексту целокупно спроведеног поступка на националном нивоу, Суд је заузео стајалиште да се погрешка оличена у неодржавању јавног суђења у првостепеном поступку може исправити одржавањем јавне расправе пред инстанцијским судом.²⁸⁸ За наш контекст је од изузетног значаја дилуцидација Суда у погледу питања јавности пред другостепеним судом. Тако је Суд заузео становиште да расправа није нужна уколико инстанцијски суд одлучује само о правним питањима.²⁸⁹ Међутим, Суд сматра да је у случајевима у којима другостепени суд има овлашћења да одлучује и о чињеничним и о правним питањима, о кривици односно невиности оптуженог, или да процењује карактер оптуженог приликом преиспитивања санкције,

²⁸⁶ *Planka v. Austrija*, 15. мај 1996. године, Представка број 25852/94.

²⁸⁷ *Axen v. SR Nemačka*, 08. децембар 1983, ст. 25.

²⁸⁸ *Diennet v. Francuska*, 26. септембар 1995, ст. 34.

²⁸⁹ *Aksen v. SR Nemačka*, 08. децембар 1983, ст. 28.

усмени претрес неопходан.²⁹⁰ Неодржавање расправе у таквом случају представља повреду права на јавно суђење.

2.4.3. Ћутање окривљеног

Право на не-самооптуживање постало је важно обележје савремене кривичне процедуре. Иако је ова привилегија окривљеног формулисана још у црквеном праву, она је из континенталног поступка исчезла током петнаестог столећа. У Европу се вратила у другој половини прошлог века, кроз праксу ЕСЈП, као постулат профилисан у англо-америчком поступку. Ради се о појму широког опсега²⁹¹ за чије се лапидарно исказивање уобичајено користи латинска максима *nemo tenetur prodere se ipsum* (нико не може бити присиљен да сам себе уништи). Стварно језгро права на не-самооптуживање чини право окривљеног на ћутање у кривичном поступку. ЕСЈП је више пута поновио да “иако нису посебно поменути у члану 6. Конвенције, право на ћутање и право лица да само себе не инкриминише представљају опште признате међународне стандарде који чине срж појма правичног поступка, сходно члану 6.”²⁹²

Овај теоријски шаблон има, међутим, проблематичне аспекте, а нека од очигледних систематских одступања произилазе из саме структуре кривичног поступка. У англо-америчком супарничком кривичном процесу јавни тужилац нема право да тражи да на расправи, у склопу својих доказа, испитује противстранку (окривљеног). Дакле, окривљени је потпуно слободан у одлучивању хоће ли се и када претворити у извор информација. Међутим, одлуком да исказује он се аутоматски одриче права на ћутање: дужан је да се после одговарања на питања свог браниоца изложи унакрсном испитивању

²⁹⁰ *Ekbatani v. Švedska*, 26. мај 1988. и *Cooke v. Austria*, 8. фебруар 2000.

²⁹¹ Неки теоретичари сматрају да се ова максима протеже и на материјално кривично право. У прилог такве тезе наводе пример кривичног дела напуштања места саобраћајне незгоде а логика је следећа: тиме што виновника несреће присиљава да остане на лицу места правни поредак га истовремено присиљава и да сам себе оптужи. Да правило *nemo tenetur* може ићи изван граница кривичног поступка потврдио је и ЕСЈП заузевши становиште да привилегија против самооптуживања штити окривљеног у кривичном поступку од изјава које је раније, у неком другом поступку, био дужан дати (*Funke v. Francuska*). У САД се иде још даље, а у том смислу је најилустративнији пример пресуда Врховног суда у предмету *Garrity v. New Jersey*. Овде се радило о истрази полицијске корупције током које је један полицајац претњом добијања отказа уцењен да одговара на питања. Оваква “сарадња” га је одвела у кривични поступак, али је суд његове раније изјаве оценио као неупотребљиве сматрајући да су добијене кршењем права на не-самооптуживање. (Више о томе код: М. Дамашка, *Доказно право у казненом поступку: опис нових тенденција*, Правни факултет у Загребу, 2001.).

²⁹² *Saunders v. Velika Britanija*, 17. децембар 1996, ст. 68–69.

од стране противника и да, као сваки сведок, говори истину. С друге стране, у мешовитом кривичном поступку основна процедурална логика је инквизиторска. Окривљени има право да ћути, чак и да лаже, али је он ипак *доказно средство*: његово саслушавање, које се у овом типу поступка жељно ишчекује, имплицира да се он не третира само као субјект, него и као објект поступка. Продубимо још паралелу. И у САД и у Немачкој постоји строга забрана да се из ћутања окривљеног извлаче негативни закључци. Међутим, у САД окривљеног не испитује судија а одлуку доносе поротници лаици (који често истичу да разумеју ћутање окривљеног јер се добро спроведеним унакрсним испитивањем може компромитовати чак и невини окривљени). У Немачкој, с друге стране, окривљеног саслушава и пресуду доноси расправни судија. Нема сумње да потоње описани амбијент резултира неупоредиво снажнијим психолошким и процесним напетостима.

Но, вратимо се Европском суду. Његову доследност у погледу овог питања значајно угрожава и чињеница да је у Енглеској право на не-самооптуживање у извесној мери редуковано. Наиме, у овој земљи је пороти дозвољено да под одређеним условима изведе негативне закључке из ћутања окривљеног. Зато је ЕСЈП, ценећи правичност енглеског поступка, донекле релативизовао напред цитирано резолутно становиште. У предмету *John Murray v. United Kingdom*, Европски суд је закључио да „право на ћутање“ није апсолутно право. Иако је с овим правом неспојиво да се пресуда заснива искључиво или углавном на ћутању окривљеног, или на његовом одбијању да одговара на питања, та привилегија не спречава да ћутање окривљеног има негативне импликације у ситуацијама за које је јасно да изискују објашњење.²⁹³ У овом контексту интересантан је још један пример из енглеског поступка.²⁹⁴ Наиме, ради се о окривљенима који су били оптужени за продају дроге. Приликом полицијског испитивања окривљени су се користили правом на ћутање. У поступку пред судом, међутим, они су се правдали тиме да су врећице дроге пронађене у њиховом стану биле намењене за личну употребу а да оне које су предали суседу нису садржавале дрогу. Ћутање у полицији образложили су саветом браниоца који је сматрао да не треба да дају исказ док су и сами под утицајем наркотика. Енглески суд их је огласио кривим узимајући ћутање у полицији као снажну индицију кривице. ЕСЈП

²⁹³ *John Murray v. United Kingdom*, бр. 18731/91, 1996.

²⁹⁴ *Condon v. United Kingdom*, бр. 35718/97, 02. мај 2000.

је у својој пресуди потврдио да је извођење неповољних закључака из ћутања окривљеног могуће, али да се оно увек мора одвијати у контексту “свих околности случаја”, при чему се посебно мора водити рачуна да ли се ради о околностима “које очигледно траже објашњење”. Сходно томе, Суд је нашао да су окривљени плаузабилно објаснили своје ћутање а да је расправни судија пропустио да пороту упозори да из ћутања окривљених пред полицијом не сме извести закључак о кривици ако су они на задовољавајући начин објаснили разлог свог ћутања, чиме је повређено право окривљених на не-самооптуживање.

Очигледно је, дакле, да ЕСЈП нема кристализован принципијелан став у погледу граница *nemo tenetur* привилегије, већ да његова пракса лавира од случаја до случаја, што је у извесној мери чини амбивалентном.

2.4.4. *Контрадикторно испитивање*

Морфологија открива да ЕСЈП начело контрадикторности поистовећује са доследно страначки структурираним кривичним поступком. Кад говори о начелу контрадикторности, Европски суд обично говори о праву на страначки поступак (*the right to adversarial proceedings*) и праву на страначко (*adversarial*) уређење кривичног поступка.²⁹⁵ Ако, као што Витгенштајн каже, “језичке игре” формирају границе наших светова, онда, без обзира на декларативне прокламације да се правични поступак може испољити у оба типа поступка, можемо закључити да пракса ЕСЈП сугерише да је истинско правично суђење могуће само у акузаторском кривичном поступку. На исто упућује и дискурс аутора који се баве праксом ЕСЈП, који када говоре о праву на контрадикторну расправу доследно примењују синтагму “право на акузаторски поступак”.²⁹⁶

Начелно гледано, сви докази на које се оптужба ослања треба да буду изведени у присуству оптуженог на јавној расправи с могућношћу контрадикторног поступања.²⁹⁷ У једној недавно донетој одлуци против Холандије, подносилац представке

²⁹⁵ *Kamasinski v. Austrija*, бр. 9783/82, 19. децембар 1989.

²⁹⁶ Тако Н. Мол, К. Харби, *Право на правично суђење, Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе, Београд, 2007.

²⁹⁷ *Barbera, Messegue and Jabardo v. Španija*, 6. децембар 1988, ст. 78.

је био осуђен за силовање три уличне проститутке-наркоманке. Апелациони суд је једну од њих саслушао у својству оштећене, али је није позвао да се појави као сведок. Тужилац је тврдио да би позивање других двеју сведока било бесмислено, будући да су њихове адресе непознате. Апелациони суд је ипак наложио тужиоцу да уложи све могуће напоре како би обезбедио сведочење тих трију жена. Како оне нису пронађене, апелациони суд је потврдио првостепену пресуду подносиоцу представке за силовање, а та пресуда се, између осталог, темељила на изјавама самог подносиоца представке, детаљним исказима које су три жене дале полицији и извештају с лекарског прегледа једне од тих жена. Европски суд је утврдио да је представка неприхватљива, будући да нема никаквих индиција да је апелациони суд био немаран у настојању да обезбеди да се сведоци саслушају.²⁹⁸

2.4.5. Једнакост оружја

Схватање да је поступак спор странака производи притисак да он буде организован тако да обезбеди равнотежу процесних изгледа на успех. Другим речима, овај жанр институционализације сукоба постулира процесну једнакост странака. Јер, дијалектичка метода решавања спорова има смисла само ако је обезбеђен симетричан положај процесних противника. Према томе, тежња за “једнакошћу оружја” природно је и нераздвојно спојена са структуром акузаторског кривичног поступка. Стварање услова за равноправно надметање опонената представља тежак, али сразмерно лакши задатак у систему у којем јавни тужилац није више од заступника жртве, одлуку доносе *ad hoc* ангажовани грађани, а сврха поступка не надилази потребу решавања спора. Када се ради о симетричности у англо-америчком поступку потребно је нагласити још две ствари. Да би се очувале премисе компетативног модела мора се предупредити *telum adversarii sui* положај окривљеног, то јест, њему се мора омогућити слобода да сам бира хоће ли се сведочењем преобразити у средство доказивања. Друга напомена се односи на ограничену амбицију адверзијалног поступка у погледу прављења процесне симетрије. Наиме, англо-амерички поступак се задовољава установљавањем процесне равнотеже на формалном плану. Странку он узима *идеалтипски* и тако, *апстарктно схваћеним* странкама настоји да осигура једнак процесни положај. Међутим, у њему нема сензибилитета за оне

²⁹⁸ C. R. R. Scheper v. Holandija, одлука о прихватљивости од 5. априла 2005.

околности изван процеса (образовање, имовинско стање и сл.) које могу утицати на различит обим искоришћавања остављених процесних могућности. Овај поступак једноставно игнорише сваку асиметричност која није директна последица процесних правила. За то време се континенталноевропско процесно право изграђивало на другачије постављеним темељима. Кривични поступак је био у служби моралног васпитавања грађана, због чега је дељење правде изискивало помно испитивање а процесне форме биле подређене обезбеђивању одлука које су правилне у меритуму. Другим речима, средишња оса овог поступка остала је инквизиторска, што објашњава његов афинитет према једностраном службеном истраживању истине. И овде ћемо додатно продубити паралелу. У мешовитом поступку окривљени је приморан да истрпи одређене метаморфозе које га, барем у одређеним сегментима, претварају у “оружје у рукама противника”. Његово испитивање стварно је језгро доказног поступка и с том радњом започињу обе фазе првостепеног процеса.

Ове разлике смо оцртавали како би сам чин пенетрације учинили драматичнијим. Јер, англосаски постулат “једнакости оружја” дубоко је продро у мешовити кривички поступак кроз праксу ЕСЈП. Да ли је такво укрштање могуће? У пророчком заносу стразбурски жреци су у предмету *Lamy v. Belgija* брзоплето објавили да се “једнакост оружја” мора протегнути на све стадијуме кривичног поступка, како на претходни поступак тако и на главну расправу и поступак поводом правних лекова. Наведена заповест, међутим, није у духу ЕКЈП која прокламује да се правично суђење може реализовати и у акузаторском и у инквизиторском моделу кривичног поступка. Али оно важније за овај контекст садржано је у чињеници да је ова објава непрекидан извор смутњи у кривичнопроцесним системима у којима је претходни поступак устројен као унилатерална тужилачка истрага.

Подмукле препреке које се овде уздижу терају нас на кратак екскурс о јавнотужилачкој истрази. Прво што пада у очи када се баци поглед на овакав претходни поступак јесте његова асиметрична структура, проистекла давањем истражног монопола једној странци (јавном тужиоцу) и маргинализовањем противстранке (окривљеног). Приметно је да овако конципираном истрагом доминира инквизиторно начело. Самостално и по сопственој иницијативи, ради задовољавања властитих спознајних

потреба, јавни тужилац у форми службене истраге прикупља доказну грађу како би донео одлуку о подизању оптужбе. Не треба нашироко објашњавати како је овакав амбијент изразито неповољан за окривљеног. Без обзира што судски поступак у правом смислу речи још није почео и независно од гаранција које окривљеног тамо чекају, чињеница је да и пре главне расправе постоје одређена (битна) дешавања на која окривљени из свог положаја процесног објекта врло мало може утицати. Није тешко замислити фрустрацију окривљеног који доказне предлоге ставља свом прогонитељу, поготово кад овај има власт да такве предлоге одбије. Не треба заборавити ни да тужилац има право да испитује окривљеног, без обзира што му је овај противстранка. Укратко, наспрам јавног тужиоца који у циљу истраживања кривичних дела може доказе прикупљати и применом мера принуде, стоји окривљени који не само да ту могућност нема, него и сам може бити подвргнут таквој принуди. Овакав положај окривљеног нужно асоцира на ону анегдоту, испричану код Хиперборејаца, о младом дипломати који износи смео лични став да би сваки брак требало да започне силовањем, на шта му затечени саговорник само одговара да би о томе требало затражити и мишљење силованих. Размотримо ли, дакле, овај сегмент процеса из крхке психолошке перспективе окривљеног (о чијим се људским правима модерна западна цивилизација тако брижно стара), увидећемо да из угла овог окривљеног, од којег се очекује да на главној расправи развија своју тактику и парира формално равноправној противстранци (истом оном тужиоцу чији је предмет истраживања био у претходном поступку), почетак овог процеса не може изгледати другачије него као „силовање“. Проблем кумулације функције прогона и прикупљања доказа покушава се анулирати фикцијом да тужилац није само странка већ и државни орган чији је циљ доношење правилне одлуке због чега он са истом бригом истражује како оптужне тако и одбрамбене хипотезе. На тај начин улога тужиоца надилази функцију кривичног прогона због чега он уопште и није странка него нека врста парастранке.²⁹⁹ Међутим, таква позиција нужно повлачи колебања и противречности с којима је тешко изаћи на крај, па је отворено питање колико је ова фикција теоријски оправдана и практично могућа. Изнети концепт истраге од тужиоца тражи врлину којој он, увелико сумњамо, није кадар удовољити. И ако нам се дозволи да приметимо, чини се да овом тужиочевом положају савршено одговарају примедбе које је Велики инквизитор упутио

²⁹⁹ С. Roxin, *op.cit.*, стр. 88.

једном другом архитекти: „Кунем ти се, човек је створен слабији и нижи него што си ти о њему мислио! Може ли он извршити оно што и ти? Поштујући га толико, тиме као да си престао да са њим саосећаш, јер си и сувише много од њега захтевао. Да си га мање поштовао, ти би мање од њега и тражио, а то би било ближе и љубави, јер би његов терет био лакши.“³⁰⁰ Вратимо ли се с поетичне прозе опет тужиоцу, одмах ће у очи упасти да он не само да своје страначке нагоне не може обуздати него да би, чак и кад би то могао, велики ризик био препуштати се снази његове воље да служи истини и правичности. Непристрасан тужилац, који ће за рачун правилног доношења одлуке водити бригу и о хипотезама одбране, инкомпатибилан је самој природи контрадикторног поступка. Опонирање одбране, неспутане стегама императива објективности, природно ће будити страначки дух и антагонизам код тужиоца. Погледајмо сада овај проблем кроз искуство истражног судије. Њему, за кога непристрасност није само обавеза него и сама бит његовог постојања, спочитавана је склоност приклањању тезама тужиоца и неспособност одупирања утицајима неповољног процесног амбијента. Јер, његов му је положај наметао нерешиве психолошке проблеме: већ доношење решења о спровођењу истраге подразумевало је барем делимичну увереност у кривицу осумњиченог, због чега је логично да се поступак даље води у смеру који ће потврдити такво уверење.³⁰¹ Кад је судија, који је од неутралности саздан, био тако слаб, шта се може очекивати од тужиоца као носиоца функције оптужбе? И кад судија није успевао сачувати објективност зато што је одговорност за успех гоњења делимично преваљивана на њега, како ће то моћи тужилац који је искључиво одговоран за тај успех? Јер ако је истражном судији било тешко да се одупре општепознатим слабостима унилатералне методе, јавном тужиоцу - чија основна процесна функција подразумева појачану сензибилност за доказе који потврђују хипотезу кривице - биће још теже. Изгледа да се од тужиоца очекује да буде натчовек. Креирање таквог тужиоца можда је и могуће у Немачкој, будући да су „соју плавокосих освајача и господара“³⁰² представе о натчовеку увек биле блиске.

У истрази прављеној по мери тужиоца захтеву процесне симетрије, видели смо, није могуће удовољити. Јер, ако се ти механизми своде на надање у објективност и

³⁰⁰ Из поеме о Великом инквизитору, Ф. М. Достојевски, *Браћа Карамазови*, Рад, Београд, 1977, стр. 327.

³⁰¹ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 26.

³⁰² Ф. Ниче, *Тако је говорио Заратустра*, Компанија Новости а.д., Београд, 2005, стр. 125.

савест тужиоца онда они нису друго до *утопија*, ништа мања од Нове Атлантиде. Ако се пак ти механизми исцрпљују у могућности окривљеног да тужиоцу предлаже предузимање одређених радњи односно у анимирању судије за истрагу који ће тужиоцу наложити предузимање такве радње или је сам предузети, таква је процедура, осим што је неефикасна, и трома и компликована. Изгледа да се у тој прерасподели процесних функција између јавног тужиоца и истражног судије (односно судије за истрагу) нужно јавља проблем који логичари називају *circulus viciosus*. Стога се придружујемо онима који сматрају да уколико прелаз са судске на јавнотужилачку истрагу није праћен увођењем паралелне истраге одбране, ту реформу треба оправдати разлозима који остављају по страни приближавање идеалу једнакости оружја.³⁰³ Тако ствари стоје са чисто принципијелног становишта. Потпуно је одвојено питање како би таква истрага изгледала у пракси и да ли је она уопште могућа у традиционалном континенталноевропском институцијском миљеу. Дакако да континенталноевропски теоретичари примећују да је симетрија процесног оружја могућа само у доследно страначки обликованом поступку. Стога и они прибегавају правној алхемији објашњавајући како под овим појмом треба разумевати само начелну забрану промене положаја једне од странака у кривичном поступку која (промена) не би била оправдана разликама у њиховом процесном положају. Тиме оправдавају нормативну асиметрију и под повредама третирају само фактичке аномалије које је надилазе.³⁰⁴

Упознавање окривљеног са резултатима тужиочеве истраге веома је важно како би се барем донекле ублажила неједнакост коју изазива унилатерална службена истрага јавног тужиоца. У том контексту се као посебно важно показује право на увид у спис предмета, а опет је илустративан немачки пример. Дугачка и врлудава путања Закона о кривичном поступку СР Немачке,³⁰⁵ која на себи носи жиг историјске релативности, омогућује нам да сваку етапу тог пута упоређујемо са садашњим тренутком у његовом кретању. Право одбране на увид у спис предмета регулисано је § 147. СтПО. У погледу титулара овог овлашћења у првом ставу наведеног параграфа се наводи да “бранилац има

³⁰³ М. Дамашка, *О неким учинцима страначки обликованог припремног поступка*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2007, стр.12.

³⁰⁴ Тако *Schroeder*, наведено према Д. Крапац, *Казнено процесно право, Прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 153.

³⁰⁵ Овај пропис је донет 1877. године и до сада је преживео више од 180 законских промена.

право увида у списе којима суд располаже или који би му се доставили у случају подизања оптужнице, као и увида у доказни материјал који се службено чува.” У наредном ставу стоји да се браниоцу може ускратити право увида у поједине делове списа или доказних предмета, уколико би то угрожавало сврху истраге. Изостанак експлицитног спомињања окривљеног схваћено је тако да он нема директно право на увид у спис, него само посредно, преко свог браниоца. Немачки Савезни уставни суд је у погледу овог питања био заузео став да окривљени додуше има право на увид у спис, да је он носилац тог права, али да је на извршавање тог права овлашћен искључиво његов бранилац. Као образложење оваквог схватања, тај суд је навео да се окривљеном не може пружити лично право увида у спис, “будући да је интерес сваког окривљеног по правилу једнострано усмерен на потпуно отклањање оптужби које му се стављају на терет на сваки замислив начин”.³⁰⁶ У напред изнетом примећујемо: а) снажно пулсирање инквизиторске максиме, б) приврженост тражењу истине, ц) подозривост према окривљеном, која је уједно и негација претпоставке невиности. Стога је несолидност разматраног нормативног решења очита, а плаузабилности су лишени и аргументи највишег немачког суда.

Став ЕСЉП, изражен у предмету *Foucher v. Francuska*,³⁰⁷ да ускраћивање увида у спис окривљеном који нема браниоца представља повреду чл. 6. ст. 1. и 3. Конвенције, иницирао је активност немачког законодавца. Параграф 147. СтПО убрзо је модификован додавањем става 7., који прописује да се на захтев окривљеног који нема браниоца имају доставити копије и делови списа уколико су они потребни за ваљану одбрану и ако се тиме не угрожава сврха истраге и интереси заштите трећих лица. После ових измена није било пресуда ЕСЉП против Немачке поводом овог питања, које би оцениле степен усклађености немачког решења са стандардима Конвенције.

Иако је питање субјеката права на увид у списе предмета врло једноставно, очигледно је да одговор на њега није увек “окривљени и његов бранилац”. Неки угледни процесни системи, какав је немачки, окривљеном значајно ограничавају реализацију тог права, а ни ЕСЉП нема резолутан став у погледу питања да ли и када окривљеног треба изједначити са браниоцем у погледу остваривања тог права (!). Текст Конвенције то

³⁰⁶ P. Talroth, *Informationsrechte des Beschuldigten im Vorverfahren*, Freiburg, 2004. стр. 112.

³⁰⁷ *Foucher v. Francuska*, одлука 18. 3. 1997., бр. 22209/93.

овлашћење даје окривљеном, али нека законодавства то право приписују првенствено браниоцу. Објашњење ове дисхармоније је, по нашем суду, тривијално. Наиме, ради се о томе да су неки процесни системи знатно старији од ЕСЈП и ЕКЈП, и истовремено у тој мери снажни и самостални, да ЕСЈП нема снаге да њихова очигледно анахрона решења експлицитно означи као таква. Теоретичари који пристају на ову хипокризију заокупљени су питањем да ли је довољно да право увида у спис има само окривљени или само бранилац.³⁰⁸ Комисија се о том проблему још 1960. године овако изјаснила: “права зајамчена у чл. 6. ст. 3. припадају и окривљеном и одбрани уопште; ...бранилац...је овлашћен *mutatis mutandis* да користи права наведена у ставу 3., будући да је интенција да ова права осигурају прикладну одбрану окривљеног.”³⁰⁹ Ово питање је после било разматрано у случају *Камасински*, гдје је ЕСЈП закључио је да је браниоцу “био омогућен адекватан приступ судским списима, што је подразумевало могућност израде копија, као и прикладно време за консултације са својим клијентом”. Дакле, у овом случају давање права на увид у спис само браниоцу није означено као инкомпатибилно са чл. 6. ст. 3.б. Конвенције. У већ спомињаном предмету *Foucher* утврђено је постојање повреде Конвенције, будући да је лично окривљеном био ускраћен увид у спис. Но, за разлику од напред наведеног случаја он није имао браниоца.

У погледу питања времена стицања права на увид у спис, велики искорак представља пресуда у случају *Lamy v. Belgija*. Наиме, наведеном је одлуком право окривљеног на увид у спис проширено и на *habeas corpus* поступак.³¹⁰ Ово стајалиште потврђено је пресудама у предметима *Garcia Alva*, *Lietzow* и *Schöps*, сва три против Немачке. У предмету *Lietzow*, немачки суд је захтев браниоца за разгледање списка одбио с образложењем да постоји бојазан да би то могло угрозити сврху истраживања. ЕСЈП је, међутим, истакао да и *habeas corpus* поступак “мора бити адверзијалан и мора увек омогућити једнакост оружја између странака, тужиоца и окривљеног у притвору. Једнакост оружја није осигурана ако браниоцу није омогућен увид у оне документе у истражном спису који су нужни да би се ефикасно преиспитала законитост притварања

³⁰⁸ Тако Trechsel, *op.cit.*, стр. 230.

³⁰⁹ *Ofner v. Austrija*, бр. 524/59, 05. април 1963.

³¹⁰ *Lamy v. Belgija*, бр. 10444/83, 30. март 1989.

његовог клијента”.³¹¹ На примедбу да би отварање списка одбрани могло угрозити истраживање, Суд је одговорио: “Суд признаје потребу ефикасног спровођења криминалистичких истраживања, што може имплицирати да део информација прикупљених током тих истраживања треба да остане тајан како би се спречило да осумњичени утиче на доказе и подрије ток поступка. Међутим, овај легитимни циљ не сме се остваривати по цену супстанцијалних ограничавања права одбране. Стога, информације које су нужне за оцену законитости притварања осумњиченог морају на прикладан начин бити доступне окривљениковом браниоцу.”³¹² Испод овог аргумента, који на први поглед иде у прилог одбране, Трешел примећује кобно одвајање окривљеног од његовог браниоца. По њему, врло је упитно да ли савестан адвокат може прихватити компромис по којем осумњичени, за разлику од њега, нема право приступа спису. Поверење је, наиме, нужен предуслов делотворне помоћи, а оно је, уколико је бранилац присиљен да сакрива информације од свог клијента, подривено. Очигледно је, сматра овај аутор, да је тужилаштву остављено да процењује које ће информације чувати као тајне и шта је нужно за оцену законитости притварања осумњиченог. Изгледа и да Суд сматра да се два наведена услова неће никад поклопити у погледу исте информације. У сваком случају, закључује Трешел, ово је правило дефинитивно инкомпатибилно са начелом једнакости оружја.³¹³ Дуалистичка тужиочева природа - чија једна страна жестоко пулсира у правцу прогона учинилаца кривичних дела и прикупљања инкриминишућих доказа, док другом доминира императив неутралности тражећи да се истовремено трага и за доказима који иду у корист осумњиченог - само појачава напред описану тензију.

2.4.6. Незаконити докази

Европска конвенција не одређује када се неки начин прибављања доказа има сматрати незаконитим. Ни Европски суд се до сада није изјаснио да забрана коришћења незаконитих доказа представља посебан елемент појма правичног поступка. Узрок томе се вероватно налази у чињеници да су одредбе националних кривичних поступака о незаконитим доказима још увек превише различите да би се поставили заједнички општеприхватљиви стандарди. Портретишући адверзијални поступак ми смо, подсећамо,

³¹¹ *Lietzow v. Nemačka*, бр. 24479/94, 13. фебруар 2001, пара. 44.

³¹² *Lietzow*, пара. 47.

³¹³ Видети Trechsel, *op cit.*, стр. 232 – 234.

указали на болан раскол у начину третирања овог питања у англо-америчком и континенталноевропском процесном праву. Ипак, ЕСЈП ово питање није оставио нетакнутим. То је вероватно разлог зашто многи истакнути правни теоретичари забрану коришћења незаконитих доказа третирају као интегрални елемент појма правичног поступка.

Оцена да ли неки доказ треба сматрати незаконитим препушта се, рекли смо, искључиво домаћем праву. “Због тога је Европски суд у својој пракси, поступајући веома обазриво, оцењивао од случаја до случаја не да ли је неки доказ незаконит већ да ли је због незаконитог прибављања доказа у спроведеном судском поступку неке државе чланице кривични поступак постао такав да се више не може у *целини* сматрати *правичним*. Критеријум *правичног поступка* узиман је, дакле, као финални за одговорност држава али на бази оцене да ли је незаконито прибављање доказа имало за последицу повреду неког људског права гарантованог Конвенцијом – на пример, повреду одредаба о забрани тортуре и нечовечног поступања (чл. 3. ЕК), повреду права на тајност личног и породичног живота (чл. 8. ЕК) или права на делотворно правно средство (чл. 13. ЕК) и сл. Европски суд је у више пресуда потенцирао своје гледиште да није његов задатак да утврђује законитост или незаконитост доказа прикупљених и изведених према правилима националног права већ само да оцени да ли је поступак пред националним судом у целини био правичан – што укључује испитивање *законитости* прикупљених доказа и њихов однос према утврђеној повреди неког другог права гарантованог Европском конвенцијом.”³¹⁴

Сада ћемо показати како то изгледа у пракси, а први пример проналазимо у случају *Jalloh v. Немачка*.³¹⁵ Осумњиченог, који је на улици продавао мале пластичне врећице које је претходно извадио из уста, немачки полицијски службеници су ухапсили и по налогу јавног тужиоца одвели у болницу ради телесног прегледа. Пошто је одбијао да добровољно узме средство за повраћање, лекари су му силом, уз асистенцију четири полицијска службеника, дали инфузију после које је повратио врећицу с наркотицима. Окривљени је оптужен, а потом и осуђен за незаконит промет опојних дрога. Осим што је

³¹⁴ В. Ђурђић, *Начело правичног поступка*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.3/2006, стр. 67.

³¹⁵ *Jalloh v. Немачка*, бр. 54810/00, 11. јул. 2006.

пресудио да је описана примена силе представљала “нечовечно и понижавајуће поступање“ забрањено чланом 3. ЕКЉП, Европски суд је утврдио и *а)* да је кључни доказ, врећица са дрогом, био прибављен повредом једне од гаранција окривљеникове одбране - тзв. привилегије против самооптуживања, *б)* да је на тако прибављеном доказу била утемељена пресуда и *в)* да се ограничење односно повреда овог права окривљеног у конкретном случају не може оправдати интересом јавног кажњавања. ЕСЉП је, додуше, оценио да немачко кривично процесно право садржи прикладна јемства против самовољног подвргавања особа телесним прегледима и узимања телесних узорака, али је та мера у конкретном случају предузета против особе која се позивала се на „право на ћутање“ и без претходног проверавања да ли окривљениково телесно стање допушта такву инвазивну меру. Због тога би ЕСЉП, да није већ претходно утврдио повреду забране мучења, нечовечног и понижавајућег поступања из чл.3. ЕКЉП чији се резултат не може користити у доказне сврхе, утврдио и повреду начела правичног поступка у односу на укупност кривичног поступка спроведеног пред немачким судом.

Други репрезентативни пример представља случај *Khan v. Velika Britanija*.³¹⁶ Британска је полиција, прислушкујући разговоре у стану једног осумњиченог, случајно снимила и разговор подносиоца претставке са осумњиченим у којем је овај признао учествовање у препродаји дроге. После потврдног изјашњавања о основаности оптужбе (измењене у правцу блаже правне квалификације кривичног дела), подносилац претставке је пред првостепеним судом осуђен на три године затвора, упркос признању оптужбе да су снимци спорног разговора учињени без ваљаног законског основа и упркос захтеву одбране да се исти издвоје из доказног материјала. ЕСЉП је оценио да је у конкретном случају повређено право подносиоца претставке на неповредивост приватног живота зајемчено у чл.8. ЕКЉП, али да се употреба незаконито прибављених доказа не може сама по себи прогласити за повреду права на правичан поступак. Суд је, наиме, потврдио своје раније стајалиште да његов задатак није да утврђује законитост или незаконитост доказа прикупљених и изведених према одредбама домаћег права, већ само да осењује да ли је домаћи поступак у целини био „правичан“ - што укључује испитивање „законитости“ прикупљених доказа и њихов однос према утврђеној повреди неког другог конвенцијског

³¹⁶ *Khan v. Velika Britanija*, бр. 35394/97, 12. мај 2000.

права. ЕСЉП је ценио непостојање изричите законске основе за прављење тајних снимака, чињеницу да се одбрана потврдно изјаснила на измењену оптужбу, као и околност да је суд одбио захтев одбране за издвањење тако прибављених доказа и нашао да се у овом случају не може говорити о повреди начела правичног поступка. Ово зато јер је енглеско право подносиоцу представке пружило могућност да оспорава допуштеност спорног доказа и зато што су и првостепени и жалбени суд при одлучивању имали у виду незаконит начин прислушкивања (и били су овлашћени да такве снимке издвоје у случају да сматрају да ће они негативно утицати на суштинску правичност поступка).

2.4.7. Право на суђење у разумном року

Право на суђење без непотребног одуговлачења један је од сегмената права на правично суђење који је експлицитно изражен у тексту Конвенције. Има истине у тврдњи да спора правда представља изигравање правде, због чега је, уосталом, спорост поступка стара и вечна тема критике правосуђа. Али је тек ЕСЉП од дужине трајања поступка направио „праву науку“. Ово није тек плебејска доскочица: требало би много страница да се пренесе сувопарно резонување Европског суда поводом овог питања.

Према пракси Европског суда право на ефикасно суђење је једно од најчешће кршених права из Конвенције.³¹⁷ Поступак заштите права на суђење у разумном року пред Европским судом донекле одступа од усвојеног система заштите људских права предвиђених Европском конвенцијом. Најважнију особеност представља могућност покретања поступка иако нису исцрпљена сва средства унутрашњег права. У свим другим

³¹⁷ Стога Савет Европе предано ради на сузбијању ове појаве. Године 2002. основана је Европска комисија за ефикасност правде (СЕРЕЈ) са циљем уочавања и решавања проблема ефикасности у правосудним системима држава чланица Савета Европе. СЕРЕЈ је факторе који условљавају одуговлачење судског поступка сврстао у три групе: (1) Фактори из прве групе делују и пре него што је поступак почео. То су, између осталог, лоше организована територијална надлежност судова, недовољан број судија, системски недостаци у правилима процедуре итд. (2) Највећи број проблема односи се на сам ток поступка. Као негативне појаве СЕРЕЈ апостофира дуге интервале између рочишта, инертност суда у вођењу поступка, одуговлачења у слању предмета по жалби вишем суду, често одлагање рочишта итд. (3) Последња група чинилаца односи се на одуговлачење у изради пресуде и њеном објављивању. Од великог значаја за решавање проблема спорог суђења јесте и „Декларација о обезбеђивању ефикасности и имплементацији Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода на националном и европском нивоу“, коју је Комитет министара Савета Европе усвојио у мају 2004. године. У сагледавању проблема ефикасности правосуђа неизоставан је извештај Венецијанске конвенције, усвојен у децембру 2006. године. На основу праксе Европског суда за људска права и праксе у појединим државама, у овом документу је дата предност средствима која превентивно делују на дужину поступка, у односу на средства компезаторног карактера која подразумевају новчану накнаду због дугог трајања поступка.

случајевима важи начело супсидијаритета тј. захтева се да пре обраћања Европском суду буду исцрпљена сва средства установљена домаћим законодавством.

Сама реализација права на суђење у разумном року у кривичним стварима има два аспекта. Један се односи на сва оптужена лица и оваплоћен је у ставу 1. члана 6. Конвенције. Други је знатно ужег карактера и односи се само на притворенике, а изражен је у чл.5.ст.3. ЕКЉП. Сви ови стандарди заснивају се на претпоставци невиности и праву на личну слободу, из којег произилази да свако ко је притворен (оптужен) има право да његов случај добије приоритет и да се поступак води са изузетном експедитивношћу. У сваком случају, инсистирањем на поштовању овог начела настоји се обезбедити да окривљени који чекају на суђење не буду изложени продуженој неизвесности, али и да се не изгубе докази или њихов значај не умањи. Дакле, структуру права на суђење у разумном року чине две компоненте: субјективна и објективна. Прва подразумева интересе лица о чијим се правима и обавезама одлучује или против којег се води одређени поступак, док се друга односи на правну сигурност и владавину права уопште.

Већ смо сугерисали да одређивање разумног временског рока зависи од конкретних околности сваког појединог случаја. Ипак, кроз вишедеценијску праксу Европски суд је установио одређене параметре за оцену дужине трајања поступка. То су: 1) сложеност правних и фактичких питања конкретног случаја, 2) понашање подносиоца претставке, 3) понашање судских органа тужене државе, 4) значај питања које се расправља пред судом за подносиоца претставке.

Унутар ових критеријума постоје подкритеријуми. Да ли ће се неки случај сматрати сложеним зависи од бројних чинилаца: природе кривичног дела, броја оптужених, сведока итд. По правилу епитет сложених носе кривична дела у вези са производњом и трговином дроге, случајеви са међународним елементом и разни облици организованог криминала. Тако се у случају *Mamzoni v. Italy*³¹⁸ наводи да је потреба прибављања одређених исправа из Холандије учинила случај сложеним, али да та околност ипак није довољна да се констатује одсуство повреде члана 6. ст.1. Конвенције. И у једном другом процесу,³¹⁹ вођеном због трговине децом, Суд је стао на становиште да

³¹⁸ *Mamzoni v. Italija*, бр. 11804/85, 19. фебруар 1991.

³¹⁹ *Wloch v. Poland*, бр. 27785/95. 19. октобар 2000.

нема повреде права на суђење у разумном року, и поред тога што поступак траје шест година, будући да су докази прибављани у три државе. Као што се види, на „сложеност предмета“ углавном утичу проблеми процесног карактера. Држање странке у току процеса умногоме детерминише њен положај као подносиоца представке пред Европским судом. Опструкција коју понекад чине окривљени и његов бранилац не импутира се туженој држави као пропуст приликом оцене поштовања права на суђење у разумном року. Несавесно вршење процесних овлашћења од стране окривљеног, лишава га улоге жртве пред овим међународним органом.³²⁰ Став је Европског суда да „само она одлагања за која је држава одговорна могу оправдати закључак да је прекорачен разуман рок“.³²¹ С друге стране, Суд сматра и да се од окривљеног не може очекивати да активно доприноси убрзању поступка који се може завршити његовом осудом за кривично дело, нити му се може пребацити што у пуном обиму користи разне процесне могућности ради вршења своје одбране.³²² Последњи критеријум изражава се у вредности коју право чија се заштита тражи представља за подносиоца представке. У кривичном поступку се, примера ради, сва притворена лица *a priori* могу сврстати под овај критеријум, јер су још пре доношења пресуде лишена слободе као једног од основних људских права, због чега је од нарочите важности да се такво стање сведе на најмању неопходну меру.

2.5. Суштина права на правично суђење

Већ смо истакли да су правни системи детерминисани друштвеном средином, а да је способност прилагођавања друштвеним променама битно обележје англо-америчког поступка. Последњи велики спољни утицај на развој овог процесног апарата догодио се са тријумфом *идеологије људских права* и с њом повезане *идеологије неолиберализма*. Неолибарална мисао је смишљено у своје темеље уградила неодољиве идеале људског достојанства и слободе. Не треба посебно објашњавати колико је, на пример, идеја слободе укорењена у америчку традицију. Међутим, слобода је у крилу неолиберализма добила контроверзно значење. “Планирање и контрола се нападају као

³²⁰ Подносилац представке дужан је да покаже марљивост у поштовању и извршавању процедуралних корака који су њему релевантни, да се уздржи од коришћења било каквих тактика одлагања, као и искористи могућности које су му пружене домаћим правом за скраћивање поступка (*Union Alimentaria Sanders S.A. v. Spain*, бр.11681/85 од 07. јула 1989.г.).

³²¹ *Nobijalo v. Hrvatska*, бр. 66485/01, 13. новембар 2003.

³²² *Eckle v. Germany*, бр.8130/78, 15. јул. 1982.

изрази порицања слободе. Изјављује се да су слободно предузеће и приватна својина суштински елементи слободе. Каже се да ниједно друштво изграђено на другим основама не заслужује да се зове слободним. Слобода коју креирају прописи оптужена је као неслобода; правда, независност и благостање које она пружа презрене су као камуфлажа ропства.”³²³ На тај начин се идеја слободе дегенерише у пуку одбрану слободног предузетништва. Пошавши од претпоставке да “талас који расте подиже све бродове”, неолиберали су у предузетничкој иницијативи и слободном тржишту препознали кључеве за иновацију и стварање богатства. Према тој доктрини, задатак државе се ограничава на обезбеђивање оквира у којем ће светост уговора и индивидуална права акције, изражавања и избора, бити ваљано заштићена.³²⁴ Ако наведени теоријски концепт пренесемо на поље организовања кривичног поступка, постаће јасно зашто се креатори инструмента за решавање спорова задовољавају успостављањем једнакости странака на формалном нивоу и зашто се процесни учесници доживљавају апстрактно. Странка се, наиме, третира као било који субјект на слободном тржишту на којем влада закон конкуренције и на којем вреде једнака правила за све, без обзира на разлике које проистичу из личних околности.

Но, вратимо се корак уназад. У средишту либералне правне теорије лежи идеја о индивидуалним људским правима. Либерали традиционално доказују да прави циљеви кривичног права укључују заштиту слободе појединца, као и спречавање криминала, и да се процедуралним гарантијама успоставља равнотежа између ова два циља. По Дворкину, који је и сам либерал, овај начин постављања проблема претпоставља да је равнотежа између ова два циља позитивна ствар. Тиме се, сматра он, охрабрују други да питају зашто већина грађана који поштују закон не би померила равнотежу више на страну своје сопствене заштите.³²⁵ Ово је за либералну позицију неугодно питање. На њега би либерал, погађа Дворкин, могао одговорити тиме да више вреднује слободу других него увећану сопствену безбедност, али би такође морао признати како је то гледиште мањине. Други распрострањен одговор се своди на оправдање заштите индивидуалних права чињеницом да она служе општем добру. Наиме, значај који та права

³²³ К. Polanyi, *The Great Transformation*, цитирано према Д. Харви, *Кратка историја неолиберализма*, Mediterran Publishing, Нови Сад, 2012, стр. 57.

³²⁴ Више о томе Д. Харви, *Кратка историја неолиберализма*, Mediterran Publishing, Нови Сад, 2012, стр. 90-92.

³²⁵ Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 2001, стр. 32.

имају за опште добро, пре него њихов допринос добробити носиоца права, оправдава велико поштовање које она уживају. “Када се људи нечега одричу у име једног од основних грађанских и политичких права неког појединца, онда то није зато што у извесним стварима интерес тог појединца или поштовање за њега превладавају интерес колектива или већине. То је зато што, штитећи право тог појединца, човек штити опште добро и тиме служи интересу већине.”³²⁶ Дворкин и овај одговор проглашава очигледно погрешним. “Кривично право је”, објашњава он, “више претња наркоману црнцу него белцу из средње класе, и мало је разлога за претпоставку да ће испитивање оног првог без адвоката или његово затварање до судског решења, икад на дуге стазе утицати на слободу ових других.”³²⁷ Насупрот томе, Дворкин сматра да је при решавању овог питања од велике помоћи Хартов општи приступ: либералну позицију треба бранити указивањем на моралне принципе који дејствују као ограничење закона пре него навођењем сукобљених циљева права. Та позиција треба да се ослони на правне доктрине које су уграђене у западну традицију (као што је она да нико не сме бити присиљен да сведочи против себе или да је осумњичени невин док се не докаже његова кривица) да би се подржао захтев да друштво нема право да испитује некога без адвоката и да осумњичени има право да остане на слободи пре суђења – ишло то у прилог већини или не.³²⁸ Централни појам Дворкинове концепције представља појам једнакости. Држава не треба само да са онима над којима влада поступа брижљиво и са уважавањем, него мора поступати и са једнаком бригом и уважавањем. Она не сме ограничити слободу на основу тога што је схватање доброг живота једне групе племенитије или супериорније у односу на схватање друге групе. Овим постулатима формулише се оно што се може назвати “либерално схватање једнакости”. Право на поступање као са једнаким, уверава Дворкин, мора се схватити као основно у либералном схватању једнакости.³²⁹

Финија анализа, дакле, сугерише постојање широког спектра фактора који су утицали на тзв. *due process revolution*. Крајњи ефекат ове револуције представља стварање поступка у којем се одлуке оправдавају у процесном смислу. *Оне се легитимишу кроз процедуру*. Процесно право се ослобађа служења материјалном праву, губи

³²⁶ Ц. Раз, *Етика у јавном домену*, Издавачка кућа ЦИД, Подгорица, 2005, стр. 64.

³²⁷ Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 2001, стр. 33.

³²⁸ *Ibid.*, стр. 33.

³²⁹ *Ibid.*, стр. 335.

инструментални карактер и добија властити интегритет. Начин на који се одлука доноси постаје једнако важан као и оно што она садржи. То нас на крају доводи до тога да се заједно са Сократом запитамо шта је боље: китњаста, али лажна или проста, али искрена беседа? Сократ је, као и ми, предност дао *истини*.³³⁰ Али, то га је одвело на губилиште.

Доктрина о *fair* поступку, који легитимацију задобија процедуралном коректношћу, представља, по нашем суду, *закаслелу рационализацију акузаторског типа поступка*. Истицали смо већ да су, пре него што је настало ово време “процесног пуританизма”, англо-амерички поступак покретли импулси *материјалне правде и правичности*. То се, између осталог, читавало и у привржености према *здраворазумском одлучивању* и сензибилитету за *деталје конкретног случаја*. Таквом духу процеса доприносила је и *харизматска црта англо-америчког поступка*: веровање у импекабилитет одлуке дванаест просветљених људи. Тек са тријумфом идеологије људских права, дакле, процесни аспект је у потпуности засенио суштину.

За претварање тзв. права на правично суђење у централни руководећи принцип савременог континенталног поступка велике заслуге има Европски суд за људска права. Достизању таквог утицаја на руку су ишле и неке узгредне околности. Прва од њих, парадоксално, произлази из ограничених овлашћења ЕСЉП. Наиме, овај суд није овлашћен да одлуке испитује у меритуму него је фокусиран на процедуру њиховог доношења. Дакле, он из форме црпи закључке о могућој компромитацији садржине. На тај начин се нужно поспешује процесни поглед на правосуђе. Даље, за процену испуњености стандарда који сачињавају право на правичан поступак не постоје прецизни параметри, због чега се то увек мора ценити у односу на околности конкретног случаја. На тај начин ЕСЉП индиректно афирмише “суђење од случаја до случаја”, толико карактеристично за англо-америчку правну традицију. Наиме, у Америци када се говори о праву, неизоставно се мисли на право које стварају судови. Њихов правни систем је у основи судско право.³³¹ Да је заиста тако довољно је подсетити се Дворкиновог виспреног и праведног судије

³³⁰ Започевши своју одбрану постављањем наведене дилеме, Сократ је рекао судијама: “Обраћам вам се с молбом да не гледате на начин моје беседе – можда ће она бити лошија, а можда и боља – него само да гледате на то и само на то пажњу да обраћате да ли ја право говорим или не, јер то је дужност и задатак судијин, а беседников – истину говорити.” (Платон, *Одбрана Сократова*, Дерета, Београд, 2002, стр.135).

³³¹ Ж.Карбоније, *op.cit.*, стр. 140.

Херакла.³³² На крају, политички значај који ЕСЈП има, омогућује му да као “наднационална судска инстанца својим пресудама и у њима садржаним тумачењима врши пресудан утицај на унапређење нормативне делатности и изградњу минималних правних стандарда у националним законодавствима.”³³³ Положај и значај суда, бављење само процесним питањима и “суђење случај по случај” довели су до тога да се пресуде оправдавају у процесном смислу. При томе, сам суд се никада није експлицитно изјаснио о односу процедуралне коректности и исправности одлука у меритуму. Али његовим следбеницима је то било довољно да забораве да форме постоје у функцији садржаја и резултата.

Супремација форме омогућила је да очување људских права у поступку постане само себи сврха. Тако је концепт правичног поступка обезбедио - да се послужимо с једном метафором Зафранског - да се комфортно опреми точак по којем трчи хрчак у кавезу. Да би ово прегнантније објаснили морамо увести једну алегорију Томе Аквинског: “ако је највиши циљ капетана да сачува свој брод”, закључује светац, “онда би га он заувек држао у луци. Међутим, капетан не сматра”, одмах нас подсећа он, “да је крајњи циљ само очување брода који му је поверен, него да брод стигне на предвиђено одредиште.”³³⁴ А има ли кривични поступак своје одредиште?

Заговорници начела правичног поступка у њему виде *нову формулу* којом се *једном засвагда решавају сви проблеми кривичног поступка*. Међутим, *fair* суђење није изум модерног доба, што у уводну реченицу овог одељка уноси нешто заједљивог духа. Јавно суђење је, на пример, одвајкада пасторални мотив поштеност процеса а непристрасност пресудитеља његов основни предуслов. Корени савремених процесних начела често сежу до грчких извора, а понекад и до њихових египатских и вавилонских претходника. У међукултурно призната начела убраја се, на пример, начело судског саслушања: *audiatur et altera pars*. Један свитак папируса који потиче из доба царства (1580 – 1100 г.п.н.е.) поручује: “Види, када молилац дође из Горњег или Доњег Египта,

³³² Измишљени судија с натприродним интелектуалним моћима и стпљењем кроз кога Дворкин, стваљајући му у задатак решавање тешких и контроверзних случајева, износи своју теорију права. Видети, Р. Дворкин, *Царство права*, Филип Вишњић, Београд, 2003.

³³³ В. Ђурђић, *У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека* у Зборнику радова Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу“, Ниш, 2008, стр. 315.

³³⁴ Т. Аквински, *Summa Theologica*, цит. према Л. Л. Фулер, *Моралност права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001, стр. 204.

побрини се да све буде обављено у складу са законом и да сваки човек добије своје право...На познатог гледај као на непознатог; оног што је близу Краља исто као и на оног што је далеко од њега.”³³⁵ Рељеф на некој гробници приказује везира како рано ујутру напушта кућу и иде да саслуша молбе сиромаша, “да чује”, како каже натпис, “шта људи кажу у својим захтевима, не правећи разлику између малих и великих.”³³⁶ У *Орестији*, по општем мишљењу највећим достигнућем грчке драме, Есхил у суђење Оресту уводи претпоставку невиности, односно правило о терету доказа које том начелу одговара: у случају сумње, треба пресудити у корист окривљеног.³³⁷ Као што видимо, једина суштинска новост коју начело правичног поступка доноси јесте процесно оправдавање одлука. Домете *процесне легитимације одлука* разматраћемо у наредној глави.

У уводним напоменама је констатовано да је идеологија правичног поступка, као начин дискурса, остварила хегеменију. Наредни одељци показали су, међутим, да овај теоријски оквир није сасвим логички доследан. Иако се право на правично суђење представља као јединствен појам (састављен од више компоненти), то јединство је само привидно: деловање ЕСЈП поспешује партикуларизам и поступак приказује на уситњен и нужно карикатуралан начин. Основни задатак поглавља која следе јесте пробијање уверења о чврстости и непроменљивости владајуће доктрине, јер се она управо под тим привидом “једино сигурне”, обрушава на све оно што јој се појављује на хоризонту.

³³⁵ В. Дјурант, *Источне цивилизације*, Народна књига, Београд, 1995, стр. 170.

³³⁶ *Ibid.*, стр. 170.

³³⁷ Док је Агамненон опседао Троју, Егист је освојио Клитемнестру, његову меланхоличну жену и склопио с њом заверу да убију краља. Кратко по Агамненовом тријумфалном повратку завера је реализована. У нади да ће заборавити смрт оца, краљица свог младог сина Ореста шаље да га одгајају у далекој Фокиди. Али старци га тамо уче старом закону освете: “проливена крв тражи нову крв.” Орест, прогоњен мишљу о својој мисији, враћа се у Арг и убија мајку. После тога Ериније, чији је задатак кажњавање злочина, прогањају Ореста тражећи његову крв. Он иде у Атину, пада на колена пред Атениним светилиштем и криком од ње тражи спас. Атина позива Ериније да суде Орестовом случају пред саветом ареопага. Али на питање да ли је Орест крив зато што је убиство оца осветио убиством мајке не може се дати једнозначан одговор: по старијем, матријархалном закону убиство мајке је забрањено, а по новом закону и мајка за своје подстицање на убиство супруга заслужује строгу казну коју, у недостатку јавног правосуђа, има извршити Орест. Суд решава са једнаким бројем гласова. Због тога се у спор уплиће Атина и, у складу са начелом да у случају сумње треба пресудити у корист окривљеног, одлучујући глас даје Оресту и проглашава га невиним.

3. НАЧЕЛО ТРАЖЕЊА ИСТИНЕ – СИНОНИМ ДЕКАДЕНЦИЈЕ МЕШОВИТОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

3.1. Уводне напомене

*Vae viktis!*³³⁸ – овим речима, које је 387.г.п.н.е. узвикуно галски вођа Брено, започећемо разматрање садашњег статуса *начела тражења истине* у кривичном поступку. Јер, данас ово начело није на високој цени, нити је на добром гласу. Беспштедна критика некада врховног начела има за последицу његову потпуну негацију: од *начела тражења истине* није остало ништа вредно и одрживо и зато за њега нема више места у кривичном поступку. Оно је за кривични поступак изгубљено! Штавише, изгледа као да истина и судски поступак никада нису ни ишли заједно.

Критичари некада врховног начела не заустављају се на његовом простом подозревању. Према њему се односи као према нечему што неповратно припада историјској прошлости и што је једном засвагда изгубило своју делотворност. *Начело тражења истине* полако постаје музејски инвентар кривичног поступка. Оно се везује за традиционалистичку, чак реакционарну доктрину – реакционарну у односу на либералну и индивидуалистичку природу начела правичног поступка. У општем колориту критике *начела истине* издвајају се нијансе карактеристичне за бивше тоталитарне режиме. Овде се ово начело проглашава непожељним пре свега зато јер се у њему препознаје законско оправдање за потенцијално демонстрирање сирове државне моћи.³³⁹

Један од проблематичних аспеката процесног *начела тражење истине* односи се на саму *истину*. Око појма истине исплеле су се бројне контроверзне филозофске теорије, тако да је све под знаком питања, почевши од дилеме да ли ову реч треба писати са малим или великим почетним словом.³⁴⁰ Према томе, дисолуција начела

³³⁸ “Тешко побеђенима!”

³³⁹ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 79.

³⁴⁰ Видети К. Герген, М. Герген, *Социјална конструкција, улазак у дијалог*, Zepter Book World, Београд, 2006, стр. 18-19.

истине у судском поступку само је рефлексивна ширег скептицизма заснованог на „алармантној чињеници да се исти свет може различитим посматрачима појављивати на различите начине.“³⁴¹ Свет нам, подсећају скептици, долази натопљен квалитетима чула кроз која је прошао и прошлост нам долази кроз памћење које је подмукло обојено пожудама.³⁴²

Начело тражења истине било је логична последица класичне концепције процедуре по којој је процедура трагање за истином. Мешовити кривични поступак заснивао се добрим делом на овој концепцији. Са ширењем англо-америчке доктрине о *fair* поступку, који легитимацију задобија процедуралном коректношћу, начело истине је изгубило скоро сваки значај. Са аспекта данашњег тренутка, чини се да је мешовити поступак представљао “лабудову песму” *начела тражења истине*.

Јасно је, дакле, да је проблем *начела тражења истине* једно од ужарених питања овог истраживања. И много више: циљ овог рада је заснивање програма његовог спасавања. Но, пре тога треба проћи између Сцила и Харидба његове критике. Не певати, дакле, песме у славу истине, него испитивати њену вредност у кривичном поступку: *начело истине* треба да буде објективно и непристрасно сагледано.

У савременој процесној литератури начело тражења истине се првенствено везује за: а) филозофска разматрања о истини, б) инквизиторске елементе кривичног поступка и в) тоталитарне режиме. Овде ћемо све то детаљније размотрити.

3.2. Истина у филозофији

3.2.1. Теорија кореспонденције

Из богате ризнице знања “Учитеља свих учених”³⁴³ узета је и коресподентска (адекватна) теорија истине.³⁴⁴ Она је поделила срећну судбину свог творца, чије је импресивно здање мисли доминирало мишљењем човечанства више од

³⁴¹ К. Манхајм, *op.cit.*, стр. 6.

³⁴² Видети G. Santayana, *Scepticism and Animal Faith*, Dover Publications, Inc., New York, 1955.

³⁴³ Тако Данте у *Божанственој комедији* именује Аристотела: “И видех Учитеља свих учених тамо/ опкољена сасвим филозофа кругом/ сви му се диве и сви га иштују/ ту видех Сократа и с њим Платона/ од свих осталих њему најближе.”

³⁴⁴ Рудименте теорије истине која нам је постала позната преко Аристотела налазимо још код Ксенофана, што показује да је коресподенцијско схватање истине заиста старо.

хиљаду година. Јер, дела Аристотелова била су за европску филозофију исто што и Библија за теологију: непогрешиви текст који садржи решење свих питања. “Све доцније време” – сумира Дјурант – “живело је од знања Аристотелова, и на његова рамена успињало се да види истину.”³⁴⁵ *Ille Philosophus*³⁴⁶ нам је, како сматра Ренан, дао науку и био, како га је назвао Пејтер, “први међу схоластицима.” Тома Аквински, који је најбоље умео да Аристотелову филозофију изложи у хришћанском руху, прихватио је дефиницију истине као еквиваленције мисли са ствари и дао чувену формулу “*veritas est adequatio rei et intellectus*”, која је, све до скора, важила као неупитан филозофски стандард. Према Томином расуђивању, знање је природан продукт изведено из спољних телесних чула и унутрашњег чула које се зове свест о себи. То је веома ограничено знање, јер до нашег времена ниједан научник не зна суштину једне муве. Али у оквиру својих граница знање је поуздано, и не треба да стрепимо над могућношћу да је спољни свет обмана.³⁴⁷

Истина се, према овој теорији, налази у слагању које постоји између говора и “онога што јесте”. “Рећи да биће није или да небиће јесте” – вели Аристотел – “лажно је; а рећи да биће јест и небиће није, истинито је”.³⁴⁸ Основну претпоставку ове теорије представља постојање једне спољне сфере стварности према којој се спознајни субјект управља. Стога је коресподентска теорија увек нагињала идеји *објективне* или *апсолутне* истине, која подразумева да је оно што је је споља “дато” – свет или природа – важније од своје (одговарајуће или неодговарајуће) репродукције у људским спознајама. Филозофи који су, иако привржени коресподентској теорији, ту тему радије избегавали јер им се идеја адекватације између става и чињенице чинила чудно неухватљивом, верују да су у научавању Тарског добили чврст ослонац. Тарскијев допринос ревитализацији најстарије теорије истине састоји се у суптилној дистинкцији између два мета-језика: “сематичког”, који нам омогућује да говоримо *о ставовима и о чињеницама на које се они односе и*

³⁴⁵ В. Дјурант, *Животи и мишљења великих филозофа*, Бајка, Ниш, 2002, стр. 82.

³⁴⁶ *Ille Philosophus* - Филозоф, име којим су потоњи нараштаји звали Аристотела.

³⁴⁷ Видети Ф. Коплстон, *Историја филозофије - Средњовековна филозофија*, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1989, стр. 384-393.

³⁴⁸ Аристотел, *Метафизика*, 1011б, Паидеиа, Београд, 2007, стр. 141.

“синтаксичког”, у коме можемо да говоримо о објект-језику, али не и о чињеницама на које се он односи.³⁴⁹

Омиљена примедба опонената теорије адекватације јесте да ова формула, ако и даје одговор на питање *шта* је истина, нема одговар на питање *како* се до ње долази. Попер, међутим, сматра да је раширена догма да задовољавајућа теорија истине треба да доведе до критеријума *истинског веровања* (веровања које је добро засновано или рационално), дубоко погрешна. Ово стога, јер почива на покушајима да се истина дефинише “у смислу извора или порекла наших веровања, или с обзиром на наше операције верификације, или с обзиром на неки скуп правила прихватљивости, или *једноставно с обзиром на квалитет наших субјективних убеђења*”³⁵⁰ (курзив наш). Насупрот томе, “велика предност теорије објективне или апсолутне истине је то што нам допушта да кажемо – са Ксенофаном – да трагамо за истином, али да можда нећемо знати када је будемо нашли; да немамо критеријум истине, али да смо ипак руковођени идејом истине као *регулативним принципом* (као што би рекли Кант и Перс); и да, премда нема генералних критеријума помоћу којих би препознали истину – осим можда таутолошке истине – постоје критеријуми напретка према истини. Статус истине у објективном смислу, као коренсподенције са чињеницама и њене улоге као регулативног принципа, може се упоредити са врхом планине, који је обично обавијен облацима. Планинар не само да може имати тешкоће да тамо доспе – он може да не зна када је тамо доспео, зато што можда није у стању да у облацима разлучи између главног врха и споредног врха. Ипак, то не погађа објективно постојање главног врха; а ако нам планинар каже ‘Гајим сумњу да ли сам доспео до стварног врха’, онда он имплицитно признаје постојање главног врха. Сама идеје грешке или сумње (у њеном нормалном једноставном смислу) импликује идеју објективне истине, коју можда не успевамо да достигнемо.”³⁵¹ Коренсподентска теорија нас, у ствари, штити од крајњег скептицизма. И управо се то њено својство истиче насупрот релативизма, скептицизма и анархизма неких конкурентских некоренсподентских теорија.

³⁴⁹ Видети о томе К. Попер, *Претпоставке и побијања, Раст научног знања*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 2002, стр. 329.

³⁵⁰ Ibid., стр. 329.

³⁵¹ Ibid., стр. 332.

3.2.2. Скептичке теме

“Изузев машина”, примећује Дјурант, “једва да постоји нешто световно у нашој култури што не потиче од Грчке.”³⁵² У том богатом грчком миразу нашао се и скептицизам. Предаја грчке филозофије извршена је, између осталог, и тако што је њену метафизичку компоненту, која је кулминирала са Платоном, заменио скептицизам Пирона и касније Академије.³⁵³ Овде ћемо покушати да направимо скицу главних путева скептицизма. Ово филозофско гледиште се развијало у два правца. Први, који се назива скептицизмом Академије, пратио је тезу да никакво знање није могуће. Други, тзв. пиронистички скептицизам, развијао се око аргумента да не постоје одговарајућа

³⁵² В. Дјурант, *Живот Грчке*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 5.

³⁵³ Око најпознатије максиме најпознатијег софисте, по којој је “човек мера свих ствари, оних које јесу да јесу, оних које нису да нису”, водиле су се многе расправе. Коплстон примећује да је у дијалогу *Theaitet* Платон ову Протагорину мисао протумачио у индивидуалистичком смислу, и то с обзиром на чулно опажање. Наиме, један од диспутаната, Сократ, у једном тренутку запажа да ће док дува један исти ветар неко осетити да му је зима а неко неће, или да ће неко осетити да помало зебе а неко да му је сасвим хладно, што га наводи да актуелизује дилему треба ли се сложити са Протагором да је ветар хладан ономе ко осећа да зебе, али да ономе другоме није. Коплстон ово додатно појашњава: “Дакле, у случају да ја, улетевши једног хладног дана са кише у загрејану просторију, кажем за воду у једној посуди да је топла, док ти, излазећи из топле собе, осећаш исту воду као хладну, Протагора би приметио да ниједан од нас не грешити - вода јесте топла, с обзиром на моја чула, и јесте хладна, с обзиром на твоја чула.” То нас несумњиво води познатом закључку: “Оно што се чини истинитим теби истина је за тебе, а оно што се чини истинитим мени истина је за мене”. Једини сачувани фрагмент Протагориног дела *О боговима* гласи: “О боговима не могу да знам нити да јесу нити да нису, нити каквог су они обличја; јер много тога спречава поуздано знање, нејасноћа саме ствари и краткоћа људског живота.” Овај исказ софисту приказује као скептичког мислиоца. Његову склоност релативизму многи препознају у спису *Противни говори* где Протагора износи да се дијалектичар и ретор вежбају у вештини развијања различитих мњења и доказа, а да се говорник најсјајније исказује онда када успе да слабији доказ учини јачим. Иако констатује да су на темељу овога непријатељи софистима импутирали да протежирају победу морално лошије ствари, Коплстон сматра да Протагорино становиште нема нужно морално разорни смисао. То поткрепљује овим примером: за браниоца који је са успехом заступао праведну ствар штићеника сувише слабог да би се сам заштитио или пак оног у чијем случају је на суду било тешко поткрепити правдност његове ствари, за тог браниоца би се могло рећи да чини да “слабији доказ” побеђује, мада он у томе не чини ништа неморално. Тачно је да у рукама безобзирних ретора и присташа еристике максима о чињењу слабијег доказа јачим лако задобија одуран укус, али нема разлога да се самом Протагори приписује жеља за подстицањем те бестидне работе. Коплстон не верује ни у слику Протагоре скептичара коју изазива напред цитирани фрагмент о постојању богова, и пре се приклања утиску који проистиче из Платоновог дела. У том смислу поука из неизвесности о постојању богова гласи да се треба држати религије дотичног града. Ако већ не можемо бити сигурни у апсолутну истину, нема разлога да погазимо религију коју наслеђујемо од предака. Протагорин став је још мање рушилачки кад се има у виду да грчку религију нису чиниле теолошке тврдње већ обожавање. (Видети о томе: Коплстон, *Историја филозофије – Грчка и Рим*, Бигз, 1988, стр.124-129) И атомиста Демокрит је говорио о субјективности чулних осета: “По мњењу слатко, по мњењу горко, по мњењу топло, по мњењу хладно, по мњењу боја, а уистину атоми и празнина.” (наведено према: Коплстон, *Историја филозофије – Грчка и Рим*, Бигз, 1988, стр.163). Али ни он се није предао скептицизму, него је активно тражио одговоре на етичке и епистемолошке дилеме.

сведочанства да би се одредило да ли је икакво знање могуће, због чега се треба уздржавати од суђења у свим питањима која су у вези са знањем.³⁵⁴

Праву иронију представља трансформација Платонових следбеника у потпуне скептичаре. “Ништа није извесно”, тврдио је Аркесилај, један од потоњих управитеља Академије, “чак ни то.”³⁵⁵ На примедбу да такво резонување чини живот немогућим, Аркесилај је одговорио да је живот одавно научио да излази на крај са вероватноћама. Свој врхунац скептицизам је достигао с Карнеадом из Кирене, оснивачем Нове Академије. Он је имао обичај да на својим предавањима једно јутро говори у корист неког мишљења, а следеће јутро против њега, доказујући и једно и друго са спретношћу која је на крају уништавала оба. Стварни његови погледи остали су за ученике, па чак и за његовог биографа, сакривени иза бриљатних дијалектичких гамбита. Као члан атинског посланства шокирао је римски Сенат када је један дан говорио у одбрану правде, а већ сутрадан је исмевао као неоствариви сан, јер би, у случају Рима, њено спровођење подразумевало враћање земљама Медитерана све оно што је од њих силом одузето. Катон је ову ексцентричност сматрао опасном по јавни морал, па је посланство вратио натраг у Атину.³⁵⁶ Можда је Полибије подстакнут овом епизодом говорио против филозофа “који су се у дискусијама Академије увежбали необичној вештини говора. Јер неки од њих, у настојању да збуне ум својих слушалаца, прибегавају таквим парадоксима и тако су креативни у измишљању вероватноћа, да се ови питају да ли јесте или није могуће да у Атини осете мирис јаја пржених у Ефесу и сумњају да, док у Академији расправљају о овом питању, можда леже код куће у постељи и састављају овај разговор у сну... Од ове претеране љубави према парадоксу довели су целу филозофију на зао глас... У умове наших младих људи усадили су такву страст, да они никада чак и не помисле на етичка и политичка питања која стварно користе студентима филозофије, већ проводе живот у испразном покушају да измисле бескорисне апсурде.”³⁵⁷

Грчка се даровима осветила својим освајачима: послала је у Рим свој морал, филозофију и књижевност. Оштроумни Катон је тако нешто подозревао па је, сетимо се,

³⁵⁴ Р. Попкин, *Историја скептицизма од Саваранолле до Бејла*, Федон, Београд, стр. 17.

³⁵⁵ Цитирано према Ф.Коплстон, *Историја филозофије – Грчка и Рим*, Бигз, 1988, стр.452.

³⁵⁶ Видети В. Дјурант, *Живот Грчке*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 682.

³⁵⁷ Полибије, цитирано према В. Дјурант, *Живот Грчке*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 683.

грчко изасланство послао натраг кући. Но доцкан, јер римска је омладина већ окусила вино филозофије.³⁵⁸ Тако је део грчког наслеђа до нас стигао и преко Цицероновог пера. Његово стајалиште је стајалиште Нове академије - скептицизам који је негирао све извесности и сматрао да је вероватноћа довољна за људски живот. Епикурејце, који су одбацивали религију, нападао је због догматизма јер “о божанским стварима говоре са таквом поузданошћу да бисте могли да помислите да су се управо вратили са неког скупа богова.”³⁵⁹ Цицерон је, дакле, скептичан прама атеизму као и према било којој другој догми. Јер, незнање о боговима није потврда да они и не постоје. Зато он пита: “Допуштате ли ми да не знам оно што не знам ?”³⁶⁰

Аристотел се са Платоном сложио само у једној тачки: да је могуће доћи до крајње истине. Скептички напад отпочео је с Пироновом сумњом да су обојица, поготово у погледу ове тврдње, погрешила. Извештаје о сиромашном филозофу, чије је име постало синоним за скептицизам, дугујемо његовом ученику Тимону. По сведочењу овога, Пирон је био живи пример човека који не би пристао ни уз један суд који би ишао даље од онога што је изгледало да јесте. Пошто се било којој тврдњи може супроставити противречна тврдња са једнако добрим разлозима (тзв. равнотежа разлога), мудар човек треба да се уздржава од суђења. Уместо што се каже “ово је тако”, требало би рећи “то ми се тако чини” или “можда је тако”.³⁶¹ Пироничари су у потоњим временима састављали такозване “тропе”, упутства за уздржавање о различитим тврдњама. Једино сачувано дело такве врсте представља спис Секста Емпирика, *Основе пиронизма*.

Управо око судбине тог дела исплела се једна значајна теорија *историје филозофије*. Наиме, главна Попкинова теза јесте да је поновно откриће пиронизма у шеснаестом веку изазвало “пиронистичку кризу” у свим људским наукама и у филозофији. “Мој је став”, објашњава Попкин, “да је скептицизам играо посебну и различиту улогу у периоду који се протеже од религијских спорова који су довели до реформације па све до развитка модерних метафизичких система у седамнаестом веку;

³⁵⁸ Овај римски писац је заиста веровао да ће учење грчке књижевности и филозофије тако брзо разорити веровања младих Римљана да ће њихов морални живот остати без одбране против нагона за богаћењем, свадљивошћу и сексом.

³⁵⁹ Цицерон, *О природи богова*, Св. Симеон Мироточиви, Врњачка Бања, 1989, стр. 64.

³⁶⁰ Цицерон, *Филозофски списи*, Матица српска, Нови Сад, 1978, стр. 142.

³⁶¹ О томе Ф. Коплстон, *Историја филозофије – Грчка и Рим*, Бигз, 1988, стр. 451.

специјална и посебна улога скептицизма у том периоду почива на чињеници да се интелектуална криза коју је донела реформација временски подударила с поновним открићем и оживљавањем аргумената античких грчких скептика. Од средине петнаестог века, с открићем рукописа радова Секста Емпирика, на делу је оживљавање интересовања за антички скептицизам и примену његових гледишта на проблеме оног времена.³⁶²

Према Попкину, пиронизам је у позноренесансну мисао ушао кроз религијске борбе које су се тада водиле. У том контексту он апострофира деловање Лутера и Саваранолe. Лутер је испрва с папским ауторитетом полемисао у оквирима идеолошке структуре римске цркве. Рубикон је прешао у следећој фази, када је одбацио мерила вере цркве тврдећи да учења која су сабори осудили могу бити истинита и да сабори могу погрешити зато што их чине само људи. Зато он уводи нови критеријум религијског сазнања проповедајући да цело хришћанство има само једно јеванђеље и да је Свето писмо надређено чак и папи у одређивању правих религијских гледишта. Ова Лутерова замена мерила, сматра Попкин, представља леп пример проблема критеријума како се он појављује код Секста Емпирика. Јер, кад се једном темељни критеријум доведе у питање, на основу чега се може рећи коју од алтернативних могућности треба прихватити? Исти је случај и са Саваранолом. Овај доминикански фратар је одбио да прихвати папски ауторитет тврдећи да има пророчко знање које оправдава његово стајалиште. За Попкина је од прворазредног значаја чињеница да је у жеку сукоба с папом Саваранола наредио монасима да припреме латинско издање дела Секста Емпирика. То је био први пут да се дело овог грчког скептичара уплиће у теолошке расправе.³⁶³ На комплексност проблема критеријума указује и расправа између Лутера и Еразма Ротердамског. Еразмо је, наиме, поставио скептичке основе одбране вере који ће, парадоксално, доминирати француском контрареформацијом. Он признаје да не може са извесношћу да каже шта је истина, због чега се радије уздржава од суђења, посебно тамо где то дозвољавају ненарушиви ауторитет Светог писма и одлуке цркве. Пошто Свето писмо није јасно у мери у којој би Лутер желео, Еразмо је вољан да прихвати древну мудрост цркве која је вековима правила разлику између истине и лажи. Лутер је, међутим, књигу *De servo arbitro* оценио као

³⁶² Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 21.

³⁶³ О томе Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 29-34.

срамну и шокантну, тим пре што је написана тако добро и с таквом речитошћу: “То је као да се прикупљено ђубре или балега ставља у златну или сребрну вазу”.³⁶⁴

Посебно место у традицији *nouveau pyrrhonisme*, по Попкину, припада Мишелу де Монтењу. Он је био један од оних чија је вера избледела пред мноштвом непогрешивих вера.³⁶⁵ За неко време је уточиште је нашао у стоицизму, који је створио неке од најплеменитијих људи античког доба. Али му је сметало спутавање природних жеља, због чега се обрадовао кад је установио да Епикур није био груби сензуалиста. Дуго није имао властити “систем”: његов разбарушени дух противио се томе. На наговор оца, одушевљеног делом тулуског теолога Рејмона Себонда, превео је расправу *Theologia naturalis*. Критике на рачун ауторовог резоновања навеле су Монтења да напише *Одбрану Рејмона Себонда* – монументално дело којим је, у уверењу да брани Рејмона, овога у ствари уништио и које представља вероватно најтемељније излагање о скептицизму у модерној литератури. Много пре Лока, Монтењ износи тврдњу да нам се све знање преноси кроз чула и да се разум ослања на чула; али чула су варљива у својим обавештењима, а по опсегу крајње ограничена.³⁶⁶ Зато је скептицизам стао практиковати на све, али увек уз изразе поштовања према Цркви. Питање “Шта ја знам?” (*Que sais-e?*) постало је његов мото који је угравирао на свој печат и урезао на таваницу библиотеке. Попречне греде биле су угодно место за друге тропе: “И за и против су једнако могући”, “Може да буде и може да не буде” и сл. “Апологија се”, закључује Попкин, “развија у Монтењовом непоновљивом разбокореном стилу као серија таласа скептицизма, с повременим паузама да се размотре и обраде различити нивои сумње, али с преовлађујућом темом нове форме фидеизма, католичког пиронизма.”³⁶⁷ Антички пироничари, тврдио је Монтењ, нису пронашли само врхунац људске мудрости, него су обезбедили и најбољу одбрану од протестантизма. Наиме, пошто нема позитивна гледишта, прави скептик нема ни погрешна гледишта. А како због тога прихвата законе и обичаје своје заједнице, пироничар би прихватио и католицизам.

³⁶⁴ Р. Попкин, *op.cit.*, стр.35-40.

³⁶⁵ Како каже Попкин, Монтењов лични живот био је микрокозам религијског макрокосмоса оног времена. Отац му је био католик а мајка протестанткиња чији је чукун-чукундеда био спаљен на ломачи због убиства првог великог инквизитора Шпаније. Блиски његови рођаци били су Марко Лопез, који је увео лутеранство у Холандију и Мартин дел Рио, рани француски језуита.

³⁶⁶ Видети М. Montaigne, *Essays*, Paperback, Penguin Books, 1993.

³⁶⁷ Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 118.

Сумње и порицања на које је наилазио у религији и филозофији подупирале су Монтењов скептицизам: “О неразумни човече”, узвикнуо је у једном тренутку, “који ниси у стању да створиш црва, а хоћеш да ствараш на десетине богова!”³⁶⁸ Он примећује да су на сваком пољу интелектуалног истраживања филозофи на крају морали признати своје незнање или неспособност да дођу до каквог коначног и одређеног закључка. Чак су и у логици, парадокси као што је “лажљивац”, подрили поуздање. Исту разноликост мишљења и неспособност да се открије истина Монтењ препознаје и у науци. Коперниканску астрономију цени више од птоломејске (по којој се небеса окрећу око Земље), али “ко зна да се кроз хиљаду година од сада неће појавити нека трећа хипотеза која ће можда истиснути ове две.”³⁶⁹ Не постоји наука – предаје се Монтењ - већ само таште хипотезе нескромних умова. Јер, “највећи део онога што знамо јесте најмањи део онога што не знамо.”³⁷⁰ У том смислу, све што можемо учинити јесте да прихватимо пиронистички конзерватизам, то јест да живимо према законима и обичајима сопственог друштва.

За наш контекст је од изузетне важности Попкинова теза да “јављање Монтењовог оживљавања пиронизма Секста Емпирика, које долази у време кад се урушавао интелектуални свет шеснаестог века, није начинило слепу улицу од Монтењовог *nouveau pyrrhonisme*, како су то приказивали историчари као што су Коплстон и Вебер, већ једну од кључних снага у образовању модерне мисли. Проширењем имплицитних скептичких кретања кризе реформације, хуманистичке кризе и научне кризе до једне тоталне *crise pyrrhonienne*, Монтењова генијална *Апологија* постала је *coup de grace* за целокупан интелектуални свет. Била је то, такође, колевка модерне мисли по томе што је водила покушају или да се одбаци нови пиронизам или да се изнађе начин како да се живи с њим. Према томе, током седамнаестог и осамнаестог века, Монтења су видели не као транснационалну личност или као човека који је стајао по страни од главних токова мисли већ као утемељивача једног важног интелектуалног покрета који је наставио да мучи филозофе у потрази за извесношћу.”³⁷¹ Према Попкину, дакле, оживљавање грчког скептицизма представљало је катализатор појављивања модерне филозофије и научног

³⁶⁸ М. Montaigne, *op.cit.*, стр. 382.

³⁶⁹ М. Montaigne, *op.cit.*, стр. 285.

³⁷⁰ Ibid., стр. 202.

³⁷¹ Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 133.

назора. Скептиче тврдње, по њему, користи чак и Френсис Бекон, у борби против аристотелизма схоластичара. Скептички напади изазвали су и померања у геометрији. Овако широко постављена теза о утицају скептицизма, омогућује Попкину да у пиронистичку традицију укључује и “ неуспешног покоритеља скептицизма” Декарта, као и Спинозу и Хобса.

Овде не смемо изоставити одговор на скептицизам који је Попкин означио као *конструктивни* или *умерени скептицизам*. Ради се о стајалишту које је најпрегнатније изнето у делу оца Мерсона *La verite des sciences, contre les septques ou pyrrhoniens*.³⁷² Мерсон је наумио да докаже да се чак и прихватањем скептичких аргумената не дерогира један тип знања које остаје затворено за проблематизацију и представља све што је потребно за наше циљеве у овом животу. Скептички напади, сматра Мерсон, не показују да се ништа не може спознати, него да се могу спознати само малобројне ствари. Међутим, сазнање последњег узрока ствари, за којим су трагали догматички филозофи, није ни потребно. Јер, да би се сналазили у овом свету довољно је познавање последица. Можда и нема филозофског оповргавања скептичких аргумената, мири се Мерсон, али има толико ствари које нису под сумњом. Зато он посебно излаже сваки од Секстових десет тропа и на њих одговара указивањем да - упркос свим разликама у гледиштима - постоји опште слагање у вези са неким стварима. Тако нико не сумња да је ватра врела, лед хладан а слон већи од мрава. Упркос свим тешкоћама, закључује Мерсон, не бива да сумњамо у све. Он, дакле, допушта да је врста знања коју су тврдили да поседују Платон, Аристотел или Демокрит недостижна. Али тиме се не доводи у питање чињеница да у пракси поседујемо знање, то јест поуздане податке о свету око себе. Речено Паскаловим речима, скептичари ће бити у праву све док има догматичара. Оног тренутка кад се уклоне догматички критеријуми о правој природи ствари, скептички напади постају бесмислени пошто су били развијени у оквирима тих јаких захтева и услова које су поставили догматичари. Мерсон, дакле, допушта сумњу у могућност проналажења најдубљих темеља нашег знања. Али се тај скептицизам не може проширити са сумње у вези са

³⁷² Дело је структурирано као расправа између алхемичара, пироничара и хришћанског филозофа кроз којег проговара сам писац. Марен Мерсон (1588-1648) је похађао језуитску школу La Fleš у којој је касније знања стицао и његов пријатељ Декарт. На јавну сцену ступио је оштро нападајући све непријатеље религије и науке: атеисте, деисте, пироничаре, алхемичаре и др. Ово војевање касније је заменио мирнијим задацима: служби Богу и “припремању” научне револуције. Непрегледна преписка с водећим умовима тог доба сведочи о његовом неуморном раду на подстицању научне делатности.

темељима на сумњу у вези са самим стварима које, без обзира на било које скептичке аргументе, заправо знамо.³⁷³

Нама је особито интересантан Мерсонов одговор на пиронистички напад против силогистичког закључивања. Скептици овако резонују: истинитост закључка зависи од истинитости премиса; а како знамо да су оне таквог квалитета? Доказивање тога води у бесконачни регрес или у коришћење закључка као сведочанства за премисе. Уз то, постоје и проблеми критеријума. Наиме, да би се одредило да је нешто демонстрирано, потребни су судија и критеријум просуђивања. А на основу чега ће бити одлучено ко или шта је судија или критеријум? Једноставан Мерсонов одговор је да је то човек. Када видимо сунчеву светлост у подне, знамо да је дан и никакви аргументи о критеријумима или судијама не праве у томе никакву разлику. Ако своје способности упослимо на прави начин, открићемо аутентичне максиме које свако прихвата. Није нужно показати неупитност онога што критеријум јесте да би се било сигурно у те максиме.³⁷⁴ Овакав Мерсонов одговор, Ленобл је упоредио са Диогеновим побијањем Зенонових закона против кретања простим ходањем унаоколо.

Кратко путовање кроз (Попкинову) историју скептицизма завршићемо с теоријом *ограничене извесности* коју су артикулисали филозофи, научници и теолози окупљени око енглеског Краљевог друштва. За нас је она значајна јер су неке важне особине англо-америчког правног система, као што су доказно право и појам разумне сумње, настале у овим расправама. Пренесена на поље права, теорија ограничене извесности је подразумевала закључивање које је “изван сваке разумне сумње”, са отвореном могућношћу за грешку. Овај стандард омогућио је поротама у Енглеској и Америци да решавају правне сукобе без захтева за апсолутном извесношћу. “Критеријум разумне сумње” – сматра Попкин – “био је још од седамнаестог века везан уз појам непристрасног судије и поротника који су беспредрасудни и који нису образовали никакво претходно мишљење о случају... Одлуке се доносе у коначном времену, сведочанства се испитују да би се видело да ли би их прихватила разумна особа. Систем ради тако да, иако се стално изнова откривају тешки случајеви судских грешака, није предложено да се

³⁷³ Видети Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 242-258.

³⁷⁴ *Ibid.*, стр. 250-251.

систем промени. Тако је полускептички правни систем, израстао из тема седамнаестог века, обезбедио врло важан елемент демократских друштава током последња три столећа.”³⁷⁵

У научној области ову теорију најбоље је промовисао Роберт Бојл. Стрелице из тобоца пиронизма користио је да би се супротставио догматичким теоријама Аристотела, Бекона и Декарта, али је био далеко од тога да припада тој секти. По његовом суду, могуће је наћи једну врсту извесности у различитим областима људског интересовања што спречава да се постане стварни скептик. Врсте извесности с којима се сусрећемо иду од религијских, датих објавом, преко математичких и метафизичких, до запазивих и практичних, помоћу којих живимо.³⁷⁶

3.2.3. Скептично о скептицизму

Да би отпочели с противнападом морамо се вратити на место где је скептички напад почео, и у време када су се Платонове наследници уморили од апстрактних питања која су некад потресала Академију. Доба разума је минуло, исцрпљено трагањем у којем су и најсјајнији умови доживели неуспех. После Ксенократа, грчка је филозофија попустила пред скептичким изазовима Зенона Елејца, Хераклитовим субјективизмом, методичким сумњама Горгије и Протагоре и метафизичким агностицизмом Аристипа и Еуклида из Мегаре.³⁷⁷ Своје најсјајније рухо скептицизам је добио у Карнеадовој говорничкој спретности. Али је и најкреативнији међу скептицима увиђао да је потпуно уздржавање од суђења немогуће. У ту сврху је артикулисао *теорију о вероватноћи*. Вероватноћа има разне степене и истовремено је и неопходна и довољна за делање. Карнеад је показивао како можемо да се приближимо истини - чак иако никада не можемо да постигнемо извесност – нагомилавањем разлога за прихватање неког става. На пример, ако видимо само силуету некога кога познајемо, то би могла бити и халуцинација; али ако чујемо и глас те особе, ако је додирујемо и опажамо њене покрете, из практичних разлога можемо прихватити ту приказу као истиниту. Она поседује висок степен

³⁷⁵ Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 432.

³⁷⁶ *Ibid.*, стр. 434.

³⁷⁷ В. Дјурант, *Живот Грчке*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 681.

вероватноће, нарочито ако је вероватно да би та особа требало да се нађе на том месту у то време.³⁷⁸

Упркос афинитету Академије према скептицизму, доцнији антички скептицизам је своје мисаоно порекло проналазио у Пироновом научавању.³⁷⁹ Али пироничари, и поред снажне аверзије према филозофском догматизму, нису порицали захтеве практичног живота. Штавише, постављали су одређене норме према којима човек треба да се понаша у животу. То је било и Пироново стајалиште који је, упркос скептицизму, изјављивао да обичаји, предања и државни закони обезбеђују норме практичног живота.³⁸⁰ Своје излагање о скептицима Коплстон закључује Секстовом поуком о понашању у домену практичног живота, поуком коју је Попкин, обузет градњом споменика скептицизму превидео, а која гласи да треба следити представе опажања и мисли, задовољити природне нагоне, придржавати се закона и традиције, бавити се науком. Јер ми не можемо никада да постигнемо извесност у науци, али можемо да наставимо да трагамо за њом.³⁸¹ Побичајући Попкинову тезу о тзв. *crise pyrrhonienne*, Перлер даје прегледну схему пиронистичког учења. Кад посматра неку појаву, објашњава он, скептик аргументише на следећи начин:

- 1) X ми се појављује као F у ситуацији S
- 2) X ми се појављује као G у ситуацији S*
- 3) Немам критеријум који би ми омогућио да предност дам S-у над S* или *vice versa*
- 4) Према томе, не могу просудити какво је X уистину, већ само како ми се појављује у одређеној ситуацији.

“Важан моменат је то”, објашњава Перлер, “што пиронистички скептик не прави никакво суђење о стварној суштини X-а, суштини која остаје иста у свим ситуацијама. Он чак не може судити ни о томе да ли таква суштина уопште постоји. Због тога се он држи *суштинског* скептицизма. Но, пиронистички скептик не уводи *егзистенцијални* скептицизам, тј. *сумње о егзистенцији ствари које се налазе пред њим* (курзив наш). На пример, када се бави штапом који је делимично урођен у воду и који му

³⁷⁸ Ф. Коплстон, *Историја филозофије –Грчка и Рим*, Бигз, 1988, стр. 454.

³⁷⁹ Енесидем из Кнососа, оснивач обновљене скептичке школе, написао је осам књига о Пироновим доказима.

³⁸⁰ Видети Ф. Коплстон, *Историја филозофије –Грчка и Рим*, Бигз, 1988, стр. 481.

³⁸¹ *Ibid.*, стр. 484.

зато изгледа преломљен, он нема никакву сумњу у вези са егзистенцијом тог штапа. Он не каже: ‘Мислим да постоји штап делимично уроњен у воду, али можда штап уопште не постоји.’ Све што каже јесте следеће: ‘Када је делимично уроњен у воду, штап ми се појављује као преломљен.’ Сам му се штап појављује као преломљен. Чак и ако се пиронистичке сумње прошире на велики број примера који би могли изложени да би се створио ‘тотални пиронизам’, у највећем броју случајева то ће и даље бити скептицизам о појављивању (*appearance*) материјалних ствари, не о њиховој егзистенцији.”³⁸²

Перлерова теза је да није било нити неке појединачне кризе нити једнообразног скептицизма у раној модерној филозофији. По њему, ради се о снопу различитих скептичких стратегија које су настајале у специфичном контексту и имале различите изворе и различите циљеве.³⁸³ То се јасно читава на примеру Декартовог учења. Иако је сам Декарт објавио да је први од свих људи срушио сумње скептика,³⁸⁴ његово подјармљивање скептичке аждаје доживело је фијаско: правоверни мислиоци су га жигосали као опасног пироничара чија метода сумње подрива саме темеље традиционалног система. Наиме, овај филозоф је намерачио да из скептицизма, који се свуда ширио, породи филозофску извесност. Настојао је да започне одбацивањем свих доктрина и догми, остављајући по страни све ауторитете, посебно Аристотела. “Да би земљину куглу померио са њеног места” – писао је – “и преместио је негде другде, Архимед је тражио само једну чврсту и непокретну тачку; на исти начин, ја ћу с правом гајити велике наде ако будем довољно срећан да откријем само једну ствар која је сигурна и неоспорна.”³⁸⁵ Наишао је на њу тријумфално: *Cogito ergo sum*. Декарт је сматрао да је открио нешто “тако чврсто и тако сигурно да ни најпретераније претпоставке скептика

³⁸² D. Perler, *Was There a “Pyrrhonian Crisis” in Early Modern Philosophy ? A Critical Notice of Richard H. Popkin*, *Archiv fur Geschichte der Philosophie* 86, 2004, str. 216.

³⁸³ Видети D. Perler, *op.cit.*, стр. 209-220. Методи сумњања како ју је изложио Секст Емпирик (која започиње природном човековом способношћу да проналази противаргумент или противпојаву за сваки аргумент или појаву који су му изложени, а прекоспознаје да постоји једна еквилопација у супростављеним аргументима или појавама, води до уздржавања од суђења којем би аргументу или којој би се појави требало приклонити, и на крају се завршава достизањем стања неузнемирености (*ataraxia*), Перлер супроставља чињеницу да Монтењ не стиже до тог стабилног стања и увек остаје у стању перманентне нестабилности. Он не може да се уздржи од суђења и све што може јесте да веже своју пажњу за дати аргумент током неког времена и да на њега да пристанак током тог времена; чим се окрене другом аргументу он мења свој пристанак.

³⁸⁴ Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 298.

³⁸⁵ Р. Декарт, *Метафизичке медитације*, Завод за уџбенике Београд, 2012, стр. 98.

нису у стању да га пољујају.”³⁸⁶ Али уместо признања, на њега су се обрушиле обе стране: традиционални мислиоци су га оптужили да се ухватио у коло с пироничарима, док су скептици, ипак неспремни да тврде да је “њихов”, показивали да је Декарт постигао једно велико “ништа”.³⁸⁷ У сваком случају, Перлер примећује – и то је за наш контекст најважније - да је Декарт увео једну нову форму сумње, један општи егзистенцијални скептицизам, који не може водити порекло нити од пиронизма нити од једне друге античке форме сумњања. Стога он закључује да теза о пиронистичкој кризи дели судбину свих великих теза: исувише је добра да би била истинита.³⁸⁸ Вредно је помена и Поперово виђење Декартове борбе против скептицизма: “Декарт је засновао своју оптимистичку епистемологију на важној теорији о *veritas dei*. Оно што видимо јасно и разговетно да је истина, мора заиста бити истина; јер иначе би нас Бог varaо. Стога божја истинољубивост мора омогућити манифестност истине.”³⁸⁹

3.2.4. Друге теорије истине

Готово све савремене теорије истине развиле су се кроз критику теорије кореспонденције. Зато се њихова најгрубља подела може извршити с обзиром на то који део структуре коресподентске теорије нападају. У том смислу разликују се објективистичке теорије, које класичној теорији замерају “антропологизацију” појма истине и субјективистичке теорије, које критикују њену “објективистичку” страну.

Објективистичке теорије се обрушавају на субјективну страну коресподентске теорије. У ствари, оне коресподентску дефиницију прерађују тако што из ње избацују субјективну компоненту – човека и његову спознајнотеоријску активност. Истину треба дефинисати независно од човека, она постоји пре и изван људског света. Оне теже да се ослободе несталних, варљивих и промењивих елемената који произлазе из утицаја “људског фактора”. Зато коресподентска теорија, иако у себи садржи јаке објективистичке тенденције, за њих није довољно строга. Један од утицајнијих аутора новије филозофије који је заступао такве ставове био је Хегел, за кога је истинитост

³⁸⁶ Р. Декарт, *Расправа о методи*, ИТП Унирекс, Подгорица, 2008, стр.168.

³⁸⁷ Видети Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 328-329.

³⁸⁸ Видети Perler, *op.cit.*, стр. 209-220.

³⁸⁹ К. Попер, *op.cit.*, стр. 40.

слагање предмета с његовим појмом.³⁹⁰ Узелац примећује да је утицај објективистичких теорија био присутан нарочито у оквирима континенталне правне традиције. И теза да је први и најважнији задатак судског поступка дохватање истине, по њему, у основи нагиње објективистичким теоријама. Јер тај задатак проистиче из вере у постојање једне, објективне истине која постоји независно од људских спознајних могућности.³⁹¹

Субјективистичке теорије, с друге стране, почивају на конфронтацији са објективистичким тенденцијама коренсподентске теорије. Корене својих поимања заговорници субјективистичких теорија проналазе у чувеној Протагориној формули да је “човек мера свих ствари, оних које јесу да јесу, а оних које нису да нису”. У новије време, ове теорије ослонац проналазе у Кантовој филозофији. Кант је, подсетимо се, показивао да спољни свет познајемо само као своје чулне утиске. Он, додуше, није сумњао у постојање “материје” и спољног света, али је наглашавао да ми о њима не знамо ништа осим тога да постоје. Сходно томе, субјективистичке теорије у први план истичу активност спознајног субјекта и његову прераду стварности. На тај начин ова учења кокетирају са релативизмом и скептицизмом. У оквиру субјективистичких теорија можемо разликовати евиденцијске, прагматичне и кохеренцијске теорије истине. Рудименте евиденцијске теорије, коју је најпотпуније изнео Бренатано, налазимо код Декарта и Ј. С. Мила. Према овој теорији истинитост суда не произилази из његове коренсподенције са стварношћу, већ се налази у унутрашњем својству самог суда – очигледности или евиденцији. По прагматичкој теорији пак, истинит је онај суд који је верификовала пракса тј. онај суд који у пракси даје плодове (како се често наводи, онај суд који “ради”, “функционише”, *works*). Општа особина истинитих судова јесте да се “исплаћују”, па истина највећим делом живи по кредитном систему. Наше мисли и веровања пролазе све док им се нешто не успротиви, као што новчанице пролазе све док нико не одбија да их прими. Истинитост, дакле, није статички однос, него је истина процес своје верификације у пракси: истина се дешава једној идеји.³⁹²

Последња из ове групе, теорија кохеренције, добија у нашем контексту посебан значај. На такав њен статус утиче више разлога. Прво, дефинисање истине и

³⁹⁰ Опширно о томе А. Узелац, *op.cit.*, стр.30.

³⁹¹ *Ibid.*, стр.34.

³⁹² Више А. Узелац, *op.cit.*, стр.40-41.

сознања са аспекта кохеренције има дугу и бурну традицију. Даље, понајвише захваљући Ролсовој филозофији, данас су популарна објашњења права и моралности која почивају на кохерентности. На то, на крају, утиче и Дворкинов допринос афирмацији судског пресуђивања са аспекта кохерентности. Данас, закључујемо са Разом, све одзвања од кохеренције.³⁹³ По кохеренцијском учењу, један суд је истинит ако пријања боље од било којег другог уз његове друге судове. Кохеренција, дакле, подразумева разумљивост, смисао и обједињеност делова: уверења се, у циркуларном и симетричном односу, подржавају, оснажују и уклапају.

Међутим, иако обезбеђује рационалну аргументацију уверења, кохеренција не обезбеђује и извесност. Јер, шта је са случајем када човек оправдано прихвата неистинита уверења? Погрешно је мислити, закључује Раз, да је сваки кохерентан низ ставова ближи истини од сваког некохерентног низа.³⁹⁴ Критикујући кохеренцију Раз, међутим, признаје да њено најснажније упориште представља судско одлучивање јер судови, наиме, немају алтернативу него да се ослоне на кохеренцију када доносе пресуде. Аргумент пресуђивања он формулише овако: “С обзиром на законски установљена правила и начела, суд би требало да прихвати оно решење случаја који има пред собом које подупире најкохерентнија од свих теорија (тј. низа ставова), јер она може да оправда то решење ако су оправдана правила система која су раније успостављена.”³⁹⁵ По једном становишту, ова теза утврђује нужне и довољне услове да би нека судска одлука била исправна. По другом, она представља свеобухватну и потпуну теорију пресуђивања. По Разовом мишљењу, којем се и ми приклањамо, може се сматрати да она само поспешује једну пожељну особину код судских одлука.³⁹⁶

Одлучне да уклоне слабости како субјективистичких тако и објективистичких теорија, при чему се опонирање теорији коренсподенције подразумева, појавиле су се *интерсубјективистичке теорије истине*. За нашу тему је најзначајнија *консесуална (дискурсна)* теорија истине коју је као ралетивно заокружен систем представио Јирген Хабермас. “Истина је”, по њему, “захтев за важењем који повезујемо с

³⁹³ Видети Ц. Раз, *op. cit.*, стр. 302-304.

³⁹⁴ *Ibid.*, стр. 311.

³⁹⁵ *Ibid.*, стр. 329.

³⁹⁶ *Ibid.*, стр. 330.

исказима утолико што их тврдимо.”³⁹⁷ Захтев за важењем дискурсно се разрешава кроз консензус. Консезуз у оквиру ове концепције није, међутим, било који случајно настали споразум, већ такав споразум у којем “би било ко, ко би се могао упустити у разговор самном, приписао исти предикат истом предмету.”³⁹⁸ Пренесено на судски поступак, то значи да се као истините могу сматрати само оне чињенице које су потенцијално уверљиве за свакога.

Узелац сматра да је судском поступку најпримеренија консесуална теорија истине. Као идеалну ситуацију он означава ону у којој би сви процесни протагонисти дошли до сагласности око спорних чињеница. У овом идеалу он примећује “промену перспективе у односу на традиционалну концепцију: док су у склопу теорије ‘материјалне истине’ теоретичари морали бранити институције као што су судска нагодба и признање чињеница, сада нам се и те институције појављују као интегрални део концепције истине – чак као инструменти за долажење до истине.”³⁹⁹ Будући да судски поступак по правилу подразумева сукоб, значење овог консензуса је шире: он није сам себи сврха. “Бит консесуалне теорије није актуелно *прихватање*, већ *прихватљивост* резултата. Консензус треба да буде производ *отворене, слободне, и рационалне дискусије* свих заинтересованих страна. Место на којем се та дискусија у судском поступку отвара је *судска расправа*. И, док се за коренсподентско схватање истине расправа показује тек као нешто спољашње и сувишно, или у најбољу руку као орнамент судског поступка, за процесно је схватање истине управо судска расправа конститутивна за утврђивање истине.”⁴⁰⁰ Полазећи од таквог става овај аутор, не без цинизма, закључује да је у том смислу тачна стаљинистичка фраза да се у судском поступку увек достиже истина. “Заиста”, појашњава нам то, “у судском поступку се истина увек утврђује - но не зато што би то увек одговарало некој трансцедентној ‘стварности’, већ зато што се истина тек у поступку *конституише*. У недостатку садржајних вредности нама не преостаје ништа друго до критика и преиспитивање формалног елемента – процедура и правила; том критиком међутим не критикујемо *резултат* конституисања, већ само *конституисање*; не критикујемо

³⁹⁷ Habermas, *Wahrheitstheorien*, цитирано према А. Узелац, *op.cit.*, стр.55.

³⁹⁸ Ibid., стр. 55.

³⁹⁹ А. Узелац, *op.cit.*, стр. 213.

⁴⁰⁰ Ibid., стр. 213.

појединачна чињенична утврђења – ‘истине’, већ *поступак у целини*. ‘Утврђене чињенице’ легитимисане су самим поступком; оне не трабају оправдање изван њега.’⁴⁰¹

3.3. Кривични поступак и облици државне власти

Настојања да се очигледне разлике између два велика кривичнопроцесна система разумеју и објасне имају своје корене и претке. Током времена изношене су бројне претпоставке, почев од оних да се ради о простим историјским случајностима, преко оних које узроке разлика између процесних форми препознају у економском и друштвеном уређењу, до оних који ове разлике доводе у везу са главним токовима политичке идеологије и организације државне власти. Овде ћемо издвојити Макса Вебера (чија одређена схватања представљају интелектуалну залеђину теорије којој ћемо посветити наредне странице) који, разматрајући однос бирократије и права, констатује да маркантне разлике у развоју правних процедура нису претежно условљене економским чиниоцима него су пре производ аутономног развитка политичких структура у конкретним земљама.⁴⁰² Један сложен и вишеслојан подухват у том смеру представља управо наговештена теорија, садржана у Дамашкином делу “Лица правосуђа и државна власт”, чије ћемо основне поставке, као значајне за наш предмет, овде интерпретирати. У фокус свог интересовања овај аутор је ставио *а)* истраживање односа између физиномије судског поступка и организације државне власти и *б)* испитивање утицаја који на устројство судског поступка имају функције државне власти. Наш је приказ једнаке структуре.

3.3.1. Организација државне власти

Дамашка разликује два типа управне организације: хијерархијски и паритетни. Основне карактеристике хијерархијског модела он препознаје у професионализацији управног апарата, вертикалном степеновању службеника и доношењу одлука на темељу стручних критеријума. Ова фундаментална обележја генератор су, по Дамашкином суду, свих других особина хијерархијског модела. Сталност функције ствара круте границе између оних који се налазе унутар чиновничког апарата и

⁴⁰¹ А. Узелац, *op.cit.*, стр. 216.

⁴⁰² М. Вебер, *Бирократија* у М.Ђурић, *Социологија Макса Вебера – Преводи из Веберовог дела*, Напријед, Загреб, 1987, стр. стр. 399.

оних који су изван њега. Тиме се афирмише службенички ексулузивитет у предузимању процесних радњи и дестимулише се деловање других актера у поступку. Дуги рок службе такође ствара и услове за рутинско обављање задатака. То значи да се питања с којима се службеници суочавају више не доживљавају као јединствена и непоновљива констелација околности која захтева издиференцирана решења и “индивидуализовану правичност”. Таквим поступањем, и поред тога што може постојати више начина на који је могуће решити неко питање, само један од њих се намеће као уобичајен. Специјализација и шаблонско поступање код службеника производе значајну емоционалну дистанцу од животних проблема о којима одлучују. Они, како каже Дамашка, постају способни да пригуше глас срца и, у свом службеном својству, донесу одлуке какве лично никада не би донели. У таквом амбијенту сваки покушај да се заобиђу институционални интереси и да се одлучује по властитој савести изгледа исувише “протестантски”. Пресуда је изрека безличног органа, независно од тога да ли је одлуку донео један или више службеника. Чланови тела које одлучује који се не слажу с већином морају потиснути своје лично мишљење и осећаје. У контексту такве управне организације, толико пута исказана невољност континенталних судова да објаве издвојена мишљења далеко је од тога да буде непожељна, а може чак стећи и неку врсту меланхоличног достојанства. “Попут трутова који угибају оплодивши матицу”, метафорично објашњава Дамашка, “тако ни опречни ни сагласни гласови, колико год делотворни били у обликовању институционалне одлуке, не смеју преживети њено изрицање.”⁴⁰³

Службеници су распоређени у више нивоа: моћ долази одозго и спушта се доле. На дну се налазе нижи службеници који имају ограничену одговорност и обављају припремне послове за организацију. Они, међутим, љубоморно чувају своју службу пред неупућенима, без обзира колико скромни били услови за обављање тих послова (на пример, достављање и овера докумената). Сваки наредни ниво са собом доноси већу одговорност и углед. Службеници истог нивоа су једнаки и уколико се међу њима појави “конфликт” нису овлашћени да га разрешавају нагодбом или компромисом: спорни се предмет мора доставити непосредно надређеном чиновнику. За наш контекст од изузетног је значаја идентификовање константне напетости између захтева да се одлука доноси

⁴⁰³ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 20.

уважавањем специфичних околности случаја и захтева за свеобухватном провером одлуке изворног доносиоца од стране више инстанце. Та је напетост одговорна за одређене одлике процедуре у системима с хијерархијским устројством власти које Дамашка овако представља: “Да би се избегло преоптерећење на врху пирамиде власти, где има мање службеника него на дну, надзор се мора свести на ограничен број тачака, по могућности оних које је лако верификовати. То значи да виша власт од нижих нивоа очекује шематизацију проблема о којима се доноси одлука. Та се шематизација, нема сумње, лакше постиже у хијерархијама које се истовремено ослањају на професионалне службенике: рутина у обављању послова увећава способност 'типизирања'. Но та способност није једнолико распоређена кроз хијерархијски апарат. Они који доносе одлуке у првом степену ближе су несређеним појединостима живота и свакодневним људским драмама, па не могу увек бити сасвим имуни на појединачне аспекте сваког случаја. С друге стране, виши службеници суочавају се са стварношћу коју је претходно сажела рука подређених, а у тим сажецима појединачне судбине су мање видљиве. Захваљујући том посредовању подређених, виши службеници могу лакше занемарити индивидуализовану правичност у предметима о којима одлучују.”⁴⁰⁴

Аморфност је прва Дамашкина асоцијација на паритетни модел управне организације. Ригидности, тако својствене професионализацији и хијерархиској организацији државног апарата, овде нема: у идеалном облику овог архетипа власт је поверена аматерима који те функције обављају само за одређену прилику (*ad hoc*) или на ограничено време. Дамашка се потом посвећује идентификовању импликација које подразумева ово фундаментално обележје. Он најпре примећује, с обзиром на кратко трајање службе, мању вероватноћу да се обављање послова претвори у рутину будући да су службеници лаици неприпремљени за послове са којима се суочавају па имају доста прилика за спонтаност и импровизацију. Даље, у одсуству јасно повучене границе између личне и службене сфере институционално мишљење остаје крајње рудиментарно. Одлуке, било појединачне било скупне, не доживљавају се као производ неког безличног органа одвојеног од појединаца који га чине и остају изразито личног карактера. “Захтев да се појединачна мишљења потисну у прилог јединственом стајалишту изгледа у тој средини

⁴⁰⁴ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 21.

као позив на бескичмењаштво, као напад на достојанство лаичких службеника. Усамљени отпадник од мишљења већине – протестант – не осећа се спутан тим мишљењем ни у будућности: напротив, осећа се слободним да увек изнова изрази своје неслагање с одлуком већине.”⁴⁰⁵

На концу, модел о којем говоримо претпоставља хоризонталну расподелу власти. Субординација која у њему постоји је минимална. Вертикално издавање наредби благог је облика и обавља се спорадично тако да је читав систем прожет ставовима првог нивоа власти. Положај изворних доносиоца одлука Дамашка метафорички упоређује са положајем “олимпијских богова”: они су слободни и моћни, премда у благом облику подређени Зевсу. Дакле, за разлику од хијерархијског модела за који је карактеристична концентрација власти “на врху”, паритетни модел карактерише широко распршена моћ на хоризонталном нивоу. Последица реченог је готово одсуство притисака за поједностављивање поступка одлучивања и занемаривање сувишних детаља како би се олакшао поступак провере, односно за шаблонизацијом поступка. Дакле, “у хоризонталном се устројству власти доносиоци одлука не удаљавају (толико) од конкретних и чињеничних животних ситуација. Крчећи пут кроз густиш разнородних појединости, присиљени су уочавати и најсуптилније разлике. Два случаја врло ретко су истоветна; истоветност је привидна па се различите судске одлуке лако могу оправдати. Притом недостаје дистанца која омогућава удаљен поглед из птичије перспективе, који апсорбује велики број детаља, тако да је могуће обликовати једноставне моделе и лако уочити сличности и разлике. Но то није све. Ментални склоп који жели оправдати паритет” – закључује на крају Дамашка – “мора бити спремнији да толерише одређени степен недоследности и знатнији степен неизвесности од онога који заговара хијерархијско виђење власти. Одређени степен нереда морамо толерисати желимо ли се определити за ширу расподелу власти.”⁴⁰⁶

Паритетни модел одише аверзијом према доношењу одлука на основу стручних критеријума односно према тзв. легалистичком приступу који од службеника очекује да донесу одређену одлуку кад утврде чињенице претпостављене нормативним

⁴⁰⁵ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 26.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, стр. 28.

стандардом. Он одбацује сваки приступ одлучивању који од службеника захтева примену техничких стандарда који одступају од преовлађујућих моралних, политичких и верских норми, или их приморава да доносе одлуке које нису утемељене на здравом разуму. Типична комбинација стандарда одлучивања службеника паритетног модела у којој се начела здравог разума и мудрости преплићу са моралним, политичким и верским нормама означава се синтагмом “материјална правда” (*substantive justice*), у којој придев упућује на несклоност формалним моделима одлучивања.

3.3.2. Два типа државе и циљеви правосуђа

Главна је Дамашкина теза да се поимање улоге државе рефлектује на обликовање судског поступка. Ради стварања јасних антимонија Дамашка узима два идеалнотипска модела државе (*laissez-faire* и управљачку државу) и ставља их у релацију са два такође идеална типа кривичног поступка (адверзијалним и инквизиторским поступком) који у свом, како вели, “неразводњеном” облику у себи обједињују све оне распршене фрагменте које је у реалном процесном систему тешко наћи заједно. Полазну станицу, дакле, представљају антиподна стајалишта о задацима државе: прво од њих заговора планску државу која дубоко задире у друштвени живот у циљу подстицања униформности, док друго афирмише принцип немешања који препушта да се, унутар постављеног оквира, ствари крећу својим током. Прво схватање овлашћује државу на формирање вредносног става о главним животним питањима, то јест схватања о “добром животу”, као и на активну координацију ради достизања постављених идеала. Друго схватање задатак државе своди на подупирање постојеће друштвене праксе. *Laissez-faire* систем “коначну одлуку” препушта “чуду самоуравнотежујућих сила економског и друштвеног живота”,⁴⁰⁷ а одликује се плурализмом циљева и вредности и неутралним ставом у односу на “тачна правила” и рецепте за добар живот. Дакле, “док једна доктрина заговара државу Левијатана који је спреман прогутати цивилно друштво” – метафорички закључује Дамашка – “друга замишља државу у нестајању – политичку чеширску мачку

⁴⁰⁷ К. Манхајм, *op.cit.* стр. 23.

из 'Алисе у земљи чуда'.⁴⁰⁸ Прву од тих екстремних доктрина Дамашка назива *активистичком*, а другу *реактивном*.

Реактивна држава је место на којем се сусрећу слободни и равноправни појединци који сви теже остварењу сопствених интереса. Задатак државе се исцрпљује у очувавању тог миљеа, у чијој је основи веровање да спонтано прилагођавање, како на пољу економије, тако и у другим сферама друштвене активности, само од себе доводи до равнотеже. Оваква минималистичка држава нема властитих интереса који би стојали насупрот приватним (друштвеним и појединачним) интересима. Импликације овога, по Дамашкином расуђивању, су следеће: “како држава нема никаквих интереса независно од друштва, нема ни права која се могу прекршити независно од повреде ‘приватног’ права; свако угрожавање поретка произилази из повреде нечијег ‘приватног’ права па држава преузима заштитну улогу само ако се неко жали или тражи одштету, а неко други пак одбија да удовољи тим захтевима. Штитити поредак значи, дакле, решавати спорове.”⁴⁰⁹ Улога државе је, у ствари, само сурогатна: она делује једино да би заштитила интересе које желе остварити појединци или групе грађана.

Овакво схватање функције правосуђа, примећује Дамашка, одражава се и на компоновање судског поступка. Идеал реактивне државе “подстиче на то да се при решавању спорова треба понајпре ослонити на цивилно друштво: ако страке у спору припадају истом удружењу или су део исте друштвене институције, њихове се несугласице најбоље могу решити интерно. У тој се ситуацији на решавање спора може гледати као на трагање за средњим решењем двају супростављених захтева, или као на трагање за помирењем и посредовањем: позивање на заједничке циљеве или препоручивање обостраног одрицања ради очувања драгоцених односа добијају запажено место. Прибегавање државном форуму сматра се крајњом мером, којој се прибегава само кад мање драстична 'приватна' решења не успеју.”⁴¹⁰ Када спор, међутим, доспе пред суд морфологија помирења показује се као неадекватна. Два су главна узрока томе: 1) у сукобима који се тичу тражења права, који дакле подразумевају супростављене захтеве и

⁴⁰⁸ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 76.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, стр. 77.

⁴¹⁰ *Ibid.*, стр. 83.

тражење инкомпатибилних решења, свака самостална активност пресуђивача усмерена на помирење може се тумачити као пристрасност: подстицање на компромис изгледа као притисак на странку у спору да се одрекне нечега што јој по закону припада и 2) настојање реактивне државе да њени судови појачају и додатно разраде нормативне оквири за живот и делатност грађана захтевају мериторно одлучивање јер, у супротном, пресуда неће садржавати довољно чврсте референтне тачке за решавање будућих предмета који се односе на исти проблем.

“Институционализација сукоба”⁴¹¹ угаони је камен правосудног здања реактивне државе. Постојање сукоба странака подразумева контрадикторно поступање односно, као што Луман каже, допуштање да један ради против другог. До које мере ће се поступак као сукоб странака развијати зависи од трећег актера – суда, коме је у неизбежној диференцијацији улога намењена улога модератора и доносиоца одлуке. Што се суд мање меша у утврђивање спорних чињеница то борба супростављених странака постаје израженија. “Стога је јасно”, закључује Дамашка, “да су екстремни облици реактивне идеологије екстремна потпора морфологији спора: суздржаност државе подразумева минимално мешање у начин на који сукобљене стране воде судски спор. Пресуђивачи само председавају расправом међу сукобљеним странама и интервенишу у поступку једино ако је њихова интервенција заиста потребна да би се осигурало правично решење препирке.”⁴¹² У систему у којој свака странка признаје оној другој могућност да се према њој односи као противник, *принцип једнакости странака* јавља се као фундаментално начело судског поступка. Уколико је свака страна имала једнак третман у протежирању властите тезе и доносилац одлуке није довео у питање своју непристрасност, легитимност одлуке која се објављује након завршетка расправе не може се доводити у питање. Описано поимање поступка омогућује апсорбовање спора већ кроз саму формалну процедуралну коректност (независно од праведности или истинитости одлуке), о чему ће се исцрпно говорити у једном од наредних одељака.

⁴¹¹ О “институционализацији конфликта” говори Талкот Парсонс (*Друштвени систем и други огледи*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 2009.) Мисао о “допуштеним сукобима” разрађује и Никлас Луман (*Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992.).

⁴¹² М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 84.

Изношењем спора пред суд, право диспозиције странака односно, како га Дамашка назива, “идеал самоуправе”, није сасвим угушено. Јер тамо где се примат даје индивидуалним склоностима најпогодније средство за стварање правних норми представљају различити споразуми и уговори. “Чак је и Мефисто, иначе тако независтан и снажан” – дочарава нам се напред казано сјајном метафором – “подлегао магичној снази уговора”.⁴¹³ Дакле, ако странке постигну вансудску нагодбу, судски поступак губи своју сврху и бива завршен, баш као што тврди стара изрека из времена када је примарни циљ судова био спречавање ратова између кланова: споразум побеђује закон а љубав пресуду.⁴¹⁴

На темељу напред сажете аргументације Дамашка на крају поентира констатујући да “већ овако оцртана апроксимација упућује на то да поступак у реактивној држави одговара поступку који се у *common law* систему назива 'адверзијалним поступком' а у континенталној правној култури 'страначким', 'контрадикторним' или 'акузаторским' поступком”.⁴¹⁵

На другом крају Дамашкине идеолошке амплитуде смештена је екстремно активистичка држава. Њом господари *морални монизам* који себи приписује ексклузивитет у спознавању правила доброг живота. Такво друштво прожима *етноцентризам*, специфичан поглед на културу, карактеристичан по томе што критеријуме доброг, напредног и уопште позитивног изводи искључиво из вредности властите групе. Стога је логично што је активистичка држава склонија *универзалистичком* или *холистичком* приступу култури који претпоставља да постоје вредности, морални судови и начини понашања који се могу применити на цело човечанство. Заједничко утемељење (свих култура) подразумева постојање јасних стандарда за оцену њихових вредности, без обзира што су неке од њих достигле виши степен развитка у односу на друге. Пројекти и перспективе који спонтано настају међу грађанима побуђују сумњу јер могу бити у колизији са онима које промовише држава. Држава постаје једини форум за политичку активност и искључиво место исказивања оданости. “Друштво бива

⁴¹³ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 80.

⁴¹⁴ *Ibid.*, стр. 84.

⁴¹⁵ *Ibid.*, стр. 84.

'подржављено': друштвени проблем и друштвена политика постају државни проблем и државна политика."⁴¹⁶ За разлику од реактивне политике која је прожета скептицизмом, активистичка држава кључа од епистемолошког оптимизма. Што су амбициознији државни програми, то оптимизам постаје важнији, јер скептицизам спречава претварање државних циљева у одлучне акције.

Право активистичке државе не произилази из цивилног друштва и није одраз његове праксе, већ извире из државе и одражава њену политику. Ако је, на пример, циљ државе промовисање моралних вредности, њени прописи садржавају упутства за долично понашање и исправне ставове или пак упозоравајуће примере непожељних тенденција. Дакле, њено је право наредбодавно – грађанима се прописује шта морају чинити и како се морају понашати. "Иако се закони активистичке државе не могу мењати према склоностима оних чије понашање регулишу, прилагодљиви су и флексибилни у другом смислу, како би се мењали при сваком промашају или успеху државе и помогли јој да оствари своје идеале. Без обзира на то има ли право облик објективног прописа или модела понашања, не сме се допустити да постане препрека остваривању државних програма. Ако неки пропис не производи учинак у складу с државном политиком треба га занемарити. Најбољи пример за то је кривични закон: особа не сме избећи осуду само због тога што њено понашање, утврђено као опасно или штетно за државни интерес, не потпада ни под један законски опис кривичног дела. Начело *nullum crimen sine poena* има примат над начелом *nullum crimen sine lege praevia*. Ако је потребно, постојеће дефиниције кривичних дела морају аналогijом обухватити и опасно или штетно понашање."⁴¹⁷

Коначни циљ судског поступка активистичке државе, по Дамашки, јесте примена права у конкретном контексту односно спровођење државне политике у предметима који се нађу пред пресуђивачем. То значи да, ако је циљ државе, као што смо узели за претходни пример, промовисање моралних вредности, онда пресуда у појединачном случају служи промовисању тих вредности. То у композицији поступка значи, да без обзира на извршену диференцијацију улога поступак у активистичкој држави мора бити устројен тако да омогући потрагу за најбољим државним одговором на догађај

⁴¹⁶ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 85.

⁴¹⁷ Ibid., стр. 87.

који је довео до процеса. Јасно је, такође, да вођење те потраге треба поверити државним службеницима. Јер, приватни појединци, вођени властитим интересом, могу осујетити остваривање државног програма. Осим тога, у правосудној драми често се морају размотрити чињенице и интереси друкчији од оних које заступају приватни актери. Подстакнута властитим схватањем процесног циља, активистичка држава мора стога озбиљно размотрити могућност обликовања поступка као службене истраге. Судски поступак је све више лишен процесних облика надахнутих идејом спора којим управљају супротстављене стране. Докле могу ићи облици службене истраге – зависи од интезитета државне активности. У овом моделу Дамашка препознаје поступак који се уобичајено назива “инквизиторским”, “неадверзијалним” и “службеним поступком”.

3.3.3. Резиме

Иако би се наш приказ самом аутору могао учинити као безнадежно гребанье по површини његовог заокруженог теоријског система који је, да се послужимо Дјурантовом метафором о Ничеовом начину писања, саопштен стилем мачеваоца - сувише брзим и блиставим за нормално око, ипак ћемо се одважити да дамо одређене коментаре на чије нас изношење нагони сопствена перцепција Дамашкиног дела.

Основна његова мана детерминисана је величином подухвата, то јест, произилази из самог циља истраживања. Дамашка настоји да створи перспективу која ће помоћи да се сагледају на први поглед невидљива обележја различитих типова процедуре. Он сам каже да његови напори нису толико усмерени на откривање новог, колико на проширивање оквира традиционалне анализе.⁴¹⁸ Да би то учинио, приморан је да процедурама приступа идеалнотипски, односно да се служи архетиповима изашлим из екстремних гледишта о улози државе у друштву и карикирањем особина постојећих поступака. Међутим, ограничена применљивост овог теоријског приступа није наша основна замерка (јер такав приступ, поред нужних мањкавости, заиста баца јаче светло на односе између процесних форми).

⁴¹⁸ “Наша је основна намера показати како одређене идеје о организацији власти подупиру или оправдавају одређене процесне форме. Потом ћемо се покушати суздржати од каузалних тврдњи дас у те идеје обликовале поступке онаквима какви јесу” (М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, 2008, стр. 15.).

Ако Дамашкино истраживање посматрамо само кроз уске оквире нашег интересовања запазићемо следеће: овај аутор, грубо говорећи, акузаторски поступак и његове одлике повезује са реактивном демократском државом либералног типа, а мешовити поступак, који прожима начело тражења истине, са активистичком државом у којој се слабо води рачуна о људским правима. Штавише, изворна “совјетска” процесна решења директно се доводе у везу с формама примереним централизованом и бирократизованом власти. Дакле, чак и у опису пословично неутралног и хируршки прецизног Дамашке, паритетни модел власти делује прозачно и лепршаво, а хијерархијски сиво и суморно. Бирократију (која чини суштину хијерархијског модела) он третира пежоративно, заборављајући на неспорну техничку и сваку другу надмоћност оваквог облика државне организације. “Потпуно развијен бирократски механизам” – подсећа нас Вебер – “односи се према другим облицима организације исто као машина према немашинским облицима производње”⁴¹⁹

Иако нас Дамашка упозорава на неизбежну цену коју локални правнички укус (какав би у овом случају био наш) плаћа кад се ствари гледају споља (јер је одмак од осећаја оданости домаћим исходиштима тежак), а своју перспективу сликовито упоређује са “перспективом изнад Канарских острва, негде између Америке и Европе”,⁴²⁰ ипак се, због вешто прикриване англофилије која тек повремено избија на површину, може приметити да је то његово најзначајне дело настало на америчком континенту, а не на неутралном терену. Такав утисак се појачава поређењем са његовим последњим радовима, написаним по повратку у домовину, који су знатно “европоцентричнији”.

Нема сумње да повезивање начела тражења истине са репресивним режимима и посредно са економском бедом, а акузаторског поступка са либералним демократским друштвима благостања, владавину истине у кривичном поступку чини мање пожељном. Али где је у таквој подели место Немачкој или Француској?

⁴¹⁹ М. Вебер, *Бирократија* у М.Ђурић, *Социологија Макса Вебера – Преводи из Веберовог дела*, Напријед, Загреб, 1987, стр. 394.

⁴²⁰ М. Дамашка, *Доказно право у казненом поступку: опис нових тенденција*, Правни факултет у Загребу, 2001, стр. 2. (Будући да је, како каже, „одгојен у европској правној култури а потом велики део живота провео у англосаској правној култури која гледа другачије“).

3.4. Епистемичка уздржаност

Либерална демократија, мултикултурализам и глобализација – то је дијагноза нашег доба. Либерализам је доминантна политичка и морална доктрина Западног света. Његова економска димензија своди се, као што нам је познато, на протежирање слободног предузетништва. Средишњу пак идеју политичке компоненте либералне мисли представља слобода појединца у правној, минималистичкој држави. “Особеност либералног економско-политичког учења јесте негативно поимање државе, сведено на пуко средство остварења индивидуалних циљева”.⁴²¹ Речено мање драматичним језиком, индивидуална права срце су и душа либералне културе. Појединац, ослобођен традиције, историје и заједнице, угаони је камен друштвене и политичке организације у модерном добу. Посвећеност идеалу индивидуалне слободе оправдава се различитим аргументима. Апостоли либерализма основано указују на економску добробит коју је преданост индивидуалној слободи донела земљама западне демократије. Но, за редове који следе од већег је значаја аргумент који апострофира благотворно дејство поштовања слободе на друштвену стабилност и индивидуално напредовање у свету тешко оптерећеном моралним и религијским неспоразумима. Другим речима, поштовање индивидуалне слободе обезбеђује *modus vivendi* који је неопходан за стабилност *плуралистичких друштава*.⁴²² Али и преко тога: неговање слободе, уверавају либерали, обезбеђује просперитет свим групама и заједницама у једном друштву (а не само припадницима идеолошких група које су привремено доминантне). Дакле, један се важан аспект либералне идеологије односи на *мултикултурализам*, који подразумева постојање унутар истог друштва већег броја стабилних културних заједница које желе и могу да одрже своје посебне идентитете. “Либерални мултикултурализам”, како га назива Раз, “као нормативни принцип афирмише да је, у околностима савременог индустријског и постиндустријског друштва, политички став подстицања и помагања културног и материјалног просперитета културних група у друштву, као и поштовање њиховог идентитета, оправдан из разлога слободе и људског достојанства.”⁴²³ Истовремено, изнети став подразумева неизоставно суочавање са изазовом *плурализма* – чињеницом да се

⁴²¹ Н. Бобио, *Будућност демократије, Одбрана правила игре*, Филип Вишњић, Београд, 1990, стр.120-121.

⁴²² Ц. Раз, *op.cit.*, стр.112.

⁴²³ *Ibid.*, стр. 208.

савремена друштва састоје од група и заједница са различитим праксама и уверењима, укључујући и групе чија су уверења међусобно инконзистентна.⁴²⁴ Плурализам је најпре артикулисан кроз концепт *културне различитости* односно *културног плурализма*. Он подразумева да не постоје неутрални стандарди за вредновање култура, због чега се свака култура мора ценити искључиво кроз сопствене критеријуме, то јест из властите перспективе. То значи да су културе међусобно неупоредиве и да све заслужују једнако поштовање односно да се различите, често супростављене вредности и морални стандарди не могу морално евалуирати. Неизбежан пратилац културноплуралистичког гледишта јесте *културни релативизам*. Културни је релативизам, међутим, у моду увео још један далекосежнији релативизам: епистемолошки и морални, који је због нихилизма којем нужно води постао један од главних фронтова у такозваним „ратовима око културе и науке“.⁴²⁵ Тако можемо констатовати да је *антагонизам вредности* похрањен у саме темеље мултикултурализма. Штавише, сукоб је, тврди Раз, одомаћена болест *вредносног плурализма*⁴²⁶ у свим његовим облицима. “Неизбежна напетост између прихватања и надметања супарничких начина живота, која увек прети дестабилизацијом, заједничка је свим облицима вредносног плурализма, тамо где плуралне имкомпатибилне опције постоје у истом друштву.”⁴²⁷

Описано окружење представља место на којем одлично успева *скептицизам*. Његово извориште је у веровању да не постоји начин да се објективно успостави или оправда било који вредносни суд: не можемо стећи никакво сазнање ни о једном моралном питању, и још шире, ни о једном питању које укључује вредности. Његово изходиште је пак у ставу да разлози за индивидуалну слободу леже у слабости моралности тј. у наведеној неспособности сазнавања моралних питања. И пошто нико није у стању да заиста покаже како је његово гледиште боље од гледишта друге особе, свако треба да толерише гледиште друге особе. У таквој атмосфери стреми се, како каже Раз, “моралној приватизацији” која подразумева одвајање моралности од државе. Моралност је ствар коју треба оставити појединцу и у коју држава не треба да се меша. У најбољем случају, њена

⁴²⁴ Ц. Раз, *op.cit.*, стр. 71.

⁴²⁵ Синтагма која се данас нашироко употребљава да би се указало на неслагања која опседају савремени интелектуални живот.

⁴²⁶ Вредносни плурализам је гледиште по којем имају вредност различите активности и облици живота који су међусобно инкомпатибилни.

⁴²⁷ Ц. Раз, *op.cit.*, стр.199.

би се функција исцрпљивала у обезбеђивању услова за непристрасно пресуђивање између приватних ставова.⁴²⁸

Најпроблематичнији аспект моралног скептицизма огледа се у томе што прихватање сопствене погрешивости оправдава смањење поверења у сопствена веровања. Ако Y може бити у праву а X у криву, онда одатле нужно следи да X нема права да буде уверен да је у праву због чега мора прихватити толерантан став према гледишту које има Y. У овом контексту је значајна теза о *разумном неслагању*. Питања о томе шта је добро, о смислу живота и исправним радњама су она питања око којих се разумни људи не слажу и која допуштају разумну сумњу и разумно неслагање. На нашем терену разумно неслагање подразумева прихватање да друга особа на основу истих доказа или на основу доказа с којима располаже може имати другачије а ипак рационално утемељено мишљење о одређеном питању. Ово ћемо појаснити на једном примеру који ћемо опет позајмити од књижевника. Ради се, наиме, о суђењу најстаријем од браће Карамазових. Дакле, Димитрије Карамазов је оптужен за убиство оца, Фјодора Павловича. Несретни Митја је јавно износио мисао о оцеубиству, викао по крчмама шта ће урадити, свуда тражио у зајам новац и свима причао да има потраживање према оцу (приликом убиства нестало је пак и те фамозне три хиљаде), чак је написао и једно писмо (Катарини Ивановној) у коме је потанко описао “програм убиства”. Кобне вечери је сав јаростан узео тучак од авана и полетео оцу. Порота га је огласила кривим иако је убица други (слуга Смердјаков који баш те вечери добио наступ падавице). Читаоци се могу сложити (а исто сматра и Карамазов) да је случај који је вођен пред судом доказан ван разумне сумње. Другим речима, можемо се сложити да порота не само да је разумно сумњала у оптужеников приговор невиности, већ да су је докази рационално уверили да треба да донесе осуђујућу пресуду.

Сада смо на корак од неопредељености и уздржаности. Наиме “када се права људи на поштовање удруже са чињеницом да ставови које људи имају о смислу живота имају подједнаку вероватноћу да буду исправни, онда то имплицира да људе треба оставити да воде свој живот онако како они сматрају да је најбоље. Нормално примерена реакција на такву ситуацију је да се одгоди веровање. Ако два међусобно искључујућа

⁴²⁸ Више о томе Ц. Раз, *op.cit.*, стр.111-115.

става имају подједнаку вероватноћу да буду истинита, онда немамо адекватан разлог да усвојимо било који од њих. Пошто човек нема разлога да мења концепцију коју је већ усвојио, онда је најбоље да јој остане веран, иако схвата да она вероватно није исправнија од оне коју има нека друга особа. Овај слаби принцип немешања” – закључује Раз – “успоставља једну слабу ‘гледај своја посла’ претпоставку, као прикладан став који треба имати према другим људима”⁴²⁹

Последњих година се неколико либералних аутора одазвало изазову плурализма, а међу њима су најзначајнији филозофски одговори Џона Ролса и Томаса Нејгела. Овде ћемо се с њима упознати првенствено кроз Разова оспоравања њихове вредности. Иако се споменути одговори разликују они, према Разу, имају заједничко језгро. Прво, одговор оба мислиоца је начелно толерантан и подразумева право на различитост; они допуштају, како сам Ролс каже, “мноштво супротних, заправо непомирљивих концепција о значењу вредности и смислу људског живота.”⁴³⁰ Даље, оправдање толеранције није засновано на позитивној вредности различитости, нити на опасности коју носи овлашћење владе да сузбија те различитости, него на разлозима правичности. На крају, ови разлози воде повлачењу граница, на основу епистемичких дистинкција, у погледу разлога по којима власти могу да делују. Они заговарају, како то каже Раз, епистемичко одступање из кавге: владе, као и свако други, треба да делују на основу добрих разлога, не бавећи се при томе истинитошћу или погрешношћу учења о правди којима се руководе. Зато су, према Разу, аргументи које Ролс и Нејгел износе нови, јер се никада раније није сугерисало да владе не треба да се баве истинитошћу самих ставова (учење о правди), који надахњују њихову политику и деловање, и никада раније се није доказивало да извесне истине не треба узети у обзир, јер иако су истине, припадају једној епистемичкој врсти, која није погодна за јавни живот.⁴³¹

Раз разликује четири аспекта Ролсове теорије правде. По њему, она је *ограничене применљивости, има плитке темеље, аутономна је и заснива се на епистемичкој уздржаности.*

⁴²⁹ Ц. Раз, *op.cit.*, стр.121.

⁴³⁰ Dž. Rols, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*”, цитирано према Dž.Raz, *op.cit.*, стр.72.

⁴³¹ Ц. Раз, *op.cit.*, стр.72.

Прву карактеристику Ролсове теорије представља њена ограничена применљивост. У првобитној верзији она се односила само на базичну структуру друштва. Доцније ју је аутор додатно ограничио на базичну структуру једне модерне конституционалне демократије. По Разовом мишљењу, додатно ограничење смишљено је не само зато да је учини политичком а не метафизичком теоријом, већ и зато да је представи као реалистички релевантну у савременим друштвима, наиме да уклони сваки траг утопизма. Овде Раз претпоставља да Ролс узима да су САД и друге модерне западне демократије базично праведна друштва. Претпоставка отуда јер је, по Разовом суду, то кључни и неопходан услов ако теорија претендује применљивост на савремена друштва.

Иако Ролс набраја седам разлога (савремених друштвених услова) који оправдавају ограничену применљивост његове теорије, Раз се у њеној интерпретацији ограничава на апострофирање два, која су и за наш контекст најважнија. Први, чије је дејство центрифугално, представља чињеница плурализма. Наиме, постоји мноштво супротних, заправо непомирљивих концепција о значењу, вредности и смислу људског живота које заступају грађани демократског друштва. Овај плурализам трајна је особина јавне културе модерних демократија. Други, који делује центрипетално, лежи у чињеници да наша друштва деле једну довољно богату заједничку културу, која се састоји од принципа и стандарда чија је валидност, упркос чињеници плурализма, ван сваке дискусије.

Задатак политичке филозофије, по Ролсу, јесте успостављање осетљиве равнотеже која постоји између различитости и споразума: изградња концепције правде на основу уверења и принципа који су део наше заједничке културе, то јест уверења која надилазе различитости које се јављају у нашој култури. Тако одређен циљ открива плитке темеље ове теорије. Наиме, њено оправдање почива на чињеници да извесна уверења чине општу струју наше јавне културе. Међутим, она не трага, како примећује Раз, за дубоким темељима тог уверења, и не бави ни њиховим оправдањем, ни одсуством тог оправдања.

Плитки темељи, по Ролсу, нису последица ограничене применљивости његове теорије већ њене аутономије и њене епистемичке уздржаности. Аутономија теорије правде подразумева њену самосталност у односу на општу моралну теорију. Ролсова теорија, закључује Раз, не представља примену некаквог општијег моралног

учења нити потиче од неког здравог, обухватног моралног учења. То је, дакле, једна самостална политичка теорија која се не оправдава преко односа који има са неким ширим моралним учењем. Она нема свој почетак у општим моралним истинама већ у датостима наше заједничке културе, које се узимају као чињенице, независно од њихове валидности или истине.

У савременој правној филозофији, дакле, доминира схватање да пут до једне теорије правде либералног типа води у великој мери преко епистемичке уздржаности. Ролсова епистемичка уздржаност лежи у чињеници да се он уздржава од тврдње да је његово учење о правди истинито. Разлог томе је, претпоставља Раз, што истинитост мора да потиче од дубоких, вероватно неаутономних темеља, од неког, здравог обухватног моралног учења. Да би једно учење о правди, сматра Ролс, испунило своју друштвену улогу у погледу стварања основе за консензус око фундаменталне структуре друштва – оспособљавање грађана једног плуралистичког друштва да разматрају конституционалне принципе њиховог друштва, као и импликације ових принципа, позивањем на разлоге који су прихватљиви свима без обзира на њихове политичке, моралне или религијске погледе – оно се мора заговарати *стога што налаже или постиже консезус ставова, а не на основу тога што је оно истинито*. “Неко би могао рећи” – појашњава Ролс – “да је постизање овог рефлексивног споразума по себи довољна основа да се концепција сматра истинитом, или у сваком случају веома вероватном. *Међутим, ми се уздржавамо од овог даљег корака: он није неопходан и може ићи на уштрб практичког циља проналажења једне договорене јавне основе оправдавања* (курзив наш).”⁴³² “Друштвена улога правде” – сумира Раз ово учење – “може се прибавити само по цену епистемичке дистанце.”⁴³³

Ролсова теорија, према томе, наглашава практични циљ учења о правди. Чини се да је то природни пратилац епистемичке уздржаности. Циљ се не поставља тако да се људи усмеравају ка истинитим, вредним идеалима, већ је циљ да се постигну извесни практични политички циљеви, наиме, да се обезбеди стабилност од једне генерације до друге, да се обезбеде стабилност и друштвено јединство, а да се то оствари путем консезуса о извесним конституционалним принципима. “Сврха правде као

⁴³² Dž. Rols, *Overlapping Consensus*, цитирано према Dž. Raz, *op.cit.*, стр. 77.

⁴³³ Ц. Раз, *op.cit.*, стр.77.

правичности, као политичке концепције је практична”, тврди Ролс, “то није концепција правде која је истинита, већ концепција која може да послужи као основа политичког споразума.”⁴³⁴ Друштво које је постигло консензусно јединство и стабилност прихватањем заједничког учења о правди Ролс назива добро уређеним друштвом.

Према томе, “Ролсово реаговање на плурализам има два аспекта. Он покушава на два начина да избегне опредељивање у расправи око сукобљених концепција о добром. Прво, опредељујући се за плитке основе и епистемичку уздржаност, он жели да избегне да своје учење о правди заснива на контроверзним основама. Друго, практичне импликације његовог учења о правди је требало да избегну фаворизовање једне концепције добра. Унутар оквира које поставља принцип правде, свакоме је допуштено да стреми ка сопственој концепцији добра, на свој сопствени начин.”⁴³⁵

Кључне речи у Нејгеловом објашњењу политичке стабилности (које такође почива на епистемичкој уздржаности) јесу: *оправдање*, *рационални пристанак*, *непристрасност* и *прихватљиви разлози*.

По Нејгеловом суду, политичку стабилност подупиरे широка сагласност око принципа који леже у основи политичког поретка. И више од тога: могућност да се систем оправда за што је могуће више учесника има независан морални значај. Оправдање је, по њему, нормативни појам који може да олакша споразум, али није ни нужан ни довољан за постизање тог циља. Основна теза је, дакле, у томе да је уверавање оних који се налазе под државном влашћу тј. обезбеђивање њиховог стварног споразума, оно што је коначно пожељно. “Оправдање има за циљ” – интерпетира Раз ово стајалиште – “да увери разумног човека. Оно нема циљ, барем не једини, да открије под којим условима власт има право да влада. Такође му није циљ, барем није једини, да подучава истини. Оно радије има циљ да обезбеди независну практичну вредност која се тиче убеђивања разумног.”⁴³⁶ Дужност коју човек има према другима, међутим, ограничава се на поступке који се заснивају на разлозима који су познати и на основу којих човек може да увери и друге људе. Уколико у томе не успе грешка није до њега. Основни мотив је обезбедити

⁴³⁴ Dž. Rols, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*”, цитирано према Dž. Raz, *op.cit.*, стр.78.

⁴³⁵ Ц. Раз, *op.cit.*, стр. 94.

⁴³⁶ *Ibid.*, стр. 98.

пристанак других, али одговорност попушта уколико се циљ не може постићи због неразумности других људи.

Због принудног карактера политичке власти принуда која је оправдана мора се заснивати на пристанку субјеката на које се односи. Принцип пристанка подразумева индивидуални пристанак за сваку поједначану меру, односно одбацује сваку меру за коју би неки грађанин разложно казао: “Повлачим свој пристанак на ту меру”. Нејгелов појам пристанка је, дакле, рационалистички: пристанак је разложен када разум указује да је он уместан. Проблем легитимности се јавља код оправдавања оних поступака власти који почивају на вредностима које не деле сви људи. Овде Нејгелов принцип пристанка добија практични значај у комбинацији са другим принципом: *принципом непристрасности*. Нејгелова теорија захтева да се пристанак обезбеди позивањем не на било какве рационалне разлоге, нити на истинитост или рационалност релевантних моралних принципа, већ само позивањем на непристрасност. “Одбрана либерализма захтева да се некако повуче нека граница у позивању на истину у политичком аргументу”.⁴³⁷ Ту линију Нејгел проналази у идеји непристрасности, која се не схвата само као давање једнаке тежине интересима свих људи: “Либерална непристрасност то превазилази тиме што покушава да пронађе једно епистемолошки становиште моралности које је такође и безлично”.⁴³⁸ То значи да разлози, или метод размишљања, који се користе за оправдање различитих принципа, морају бити свима прихватљиви.

Идеја се састоји у томе да, када погледамо нека своја уверења извана, ма како она била оправдана изнутра, позивање на њихову истинитост мора се посматрати само као позивање на наша уверења и треба их тако третирати, уколико не може да се покаже да та уверења могу да се оправдају са неког становишта које је у већој мери безлично. Морамо, дакле, допустити могућност да грешимо, на основу неких стандарда које могу да признају људи који се не слажу са нама, али их такође обавезује безлично гледиште.

Није нам намера да улазимо у полемику са овде изложеним теоријама правде и да оцењујемо њихову одрживост. За тако нешто нема потребе. Сврха овог

⁴³⁷ T. Neigel, *Conflict and Legitimacy*, цитирано према Dž. Raz, *op.cit.*, стр. 102.

⁴³⁸ *Ibid.*, стр. 102.

приказа састоји се у скицирању владајућих трендова који су, видели смо, у доброј мери инкомпатибилни са традиционалним схватањем легитимисања одлука помоћу истинитости резултата и у истој мери компатибилни са кохеренцијском и консесуалном теорије истине. Циљ нам је, дакле, био да прикажемо још једно струјање које нужно води дисолуцији начела истине, тј. да дочарамо амбијент у којем начело истине треба да делује.

3.5. Социјални конструкционизам

Наредну, можда и највећу опасност за *начело тражења истине* у кривичном поступку представљају идеје *социјалног конструкционизма* које полако продиру и у област (кривичнопроцесног) права. Ову тврдњу изводимо из евидентне чињенице да су морал и *религија* две области које су највише изложене субверзивном деловању ове теоријске оријентације.⁴³⁹ Разорно дејство конструкционистичког становишта на споменуте области лако је објашњиво: ова је доктрина прожета појмовима *плурализма* и *релативизма*, а морал и религија представљају области у којима, више него било где другде, до изражаја долази тежња за извесношћу. Конструкционистичке идеје се, по нашем расуђивању, на готово идентичан начин рефлектују и на систем кривичног поступка. Упориште за ову аналогију, иако у односу на своје (над)природне изворе (или узор) кривично право и кривични поступак представљају тек прозаичне артефакте, налазимо у њиховом заједничком супстрату персонификованом у појму *правде*. Дивинизација правде заједничка је црта архајских култура, њено морално значење је неоспорно, а кривичним правосуђем још увек одзвања њен примарни историјски задатак : кажњавати само оне који су криви (и то према степену кривице) а ослобађати невинне. Карактеристично је још да идеје социјалног конструкционизма на процесноправну науку не делују непосредно, већ “из далека”, што њихов утицај чини још фасцинантнијим. Управо наведени разлози налажу нам да “драму социјалне конструкције” не посматрамо са далеких граница кривичног поступка, него, напротив, да снагу тих идеја испитујемо на самом извору.

3.5.1. Порекло

⁴³⁹ П. Бергер, Х. Келнер, *Социологија у новом кључу*, Градина, Ниш, 1991, стр. 94.

У англосаксонском културном кругу (који је уточиште и акузаторском кривичном поступку) у последњих неколико деценија бујају алтернативни приступи у проучавању човека и друштва. Заједнички именоване нових доктрина, рађаних под различитим именима (“критичка психологија”, “анализа дискурса”, “деконструкција”, “постструктурализам”) представља појам “социјалног конструкционизма”.⁴⁴⁰ Само *конструкционистичко становиште* има мултидисциплинарну позадину – настало је под комбинованим утицајима разноврсних научних дисциплина и интелектуалних традиција. Рудименти основних конструкционистичких постулата могу се врло рано наћи у социологији. Већ “симболички интеракционизам”, чије је темеље у САД још у првој половини прошлог столећа ударио Џорџ Херберт Мид (делом *Ум, јаство и бивство*), почива на становишту да своје и туђе идентитете људи конструишу кроз свакодневне међусобне сусрете и друге друштвене интеракције. Пуну афирмацију у социолошкој науци социјални конструкционизам стекао је Бергером и Лукмановом књигом *Социјална конструкција стварности* (1966). Поменути аутори, тумачи нам Берова, заступају антиесенцијалистичко схватање друштвеног живота по којем људска бића заједно стварају, а затим одржавају све друштвене феномене кроз друштвену праксу. Све то се одвија кроз три основна процеса: екстернализацију, објективацију и интернализацију. Људи “екстернализују” кад делују на свет, стварајући артефакте или праксу. Такве творевине улазе у друштвени домен и почињу живети властитим животом. Идеја коју изражавају постаје “објект” свести људи у том друштву (“објективација”) и развија неку врсту чињеничне егзистенције или истине: она као да постоји “тамо негде” и произлази из природе самог света, а не зависи од друштвене интеракције. На концу, пошто долазећи нараштаји ту идеју затичу као већ постојећу, они је “интернализују” као део своје свести односно као део свог схватања природе света.⁴⁴¹ Тражећи пример на којем би ово објаснили сетили смо се изузетног перформанса пророка Јеремије који је, настојећи да што прегнантније прикаже величину пада израиљског народа изазваног одрицањем од уредби добијених од свог Бога, у Јерусалим позвао скупину нејевреја настањену у Ханану (синове Рихавове), метнуо пред њих крчаге пуне вина и понудио их да пију. Они су то одбили под изговором да им је праотац Јонадав забранио да пију вино, саде винограде и

⁴⁴⁰ К. Герген, М. Герген, *op.cit.*, стр. 7.

⁴⁴¹ В. Бер, *Увод у социјални конструкционизам*, Zepher Book World, Београд, стр. 41- 42.

граде куће, већ да увек станују у шаторима и тиме себи осигурају трајање у земљи у којој су дошљаци. Родоначелник је, дакле, будућим нараштајима завештао правила која су му се у друштвено-историјском тренутку у којем је деловао учинила нужним за опстанак мале етничке заједнице на трајно нестабилном подручју између великих цивилизација Египта и Месопотамије. Долазеће су генерације та правила прихватиле као нешто природно и објективно дато, потврђујући тако Бергерово и Лукманово стајалиште да се свет може социјално конструисати друштвеном праксом људи а да они истовремено природу тог света доживљавају као претходно дату и утврђену. Своје корене социјални конструкционизам има и у психологији. У овој се науци конструкционистичке идеје углавном везују за дело К. Ц. Гергена *Социјална психологија као историја* (1973) којим се афирмише теза да је целокупно знање, укључујући и психолошко, историјски и културно специфично због чега се истраживања морају проширити и изван сфере индивидуалног - на социјалну, политичку и економску раван. Герген такође верује да је бесмислено трагати за коначним објашњењем природе човека и друштва будући да је једина константа друштвеног живота чињеница да се он непрестано мења. На тај начин социјална психологија постаје нека врста историјског подухвата јер једино што можемо и што ћемо икад моћи да урадимо јесте да покушамо да разумемо и опишемо садашњи изглед света.⁴⁴²

Из приче о пореклу социјалног конструкционизма немогуће је изоставити *постмодернизам*, интелектуални покрет утемељен на критици модерности. Разумевање овог погледа на свет (поготово аспекта значајног за наш рад) подразумева познавање идеја на чијем је оспоравању израстао. То нас враћа унатраг, све до епохе *просвећености* и *ренесансе* на чије се тежње *модернизам* у доброј мери ослања. Ренесанса је означила буђење из схоластичког дремежа и зачетак научне револуције: то је било доба делања, надања и животне снаге. “Ова времена с правом би смела рећи *plus ultra*, још даље, онде где су ранија рекла *non plus ultra*”.⁴⁴³ На истом су трагу и идеје просвећености. Лучу просветитељства представљала је вера у напредовање учености које ће неизоставно довести до општег благостања човечанства. Нека се ослободи ум, говорили су они, и земља Утопија биће остварена кроз неколико нараштаја. “Човек мора да се стара”,

⁴⁴² В. Бер, *Увод у социјални конструкционизам*, Zepher Book World, Београд, стр. 43.

⁴⁴³ Ф. Бекон, *Напредовање учености*, Књига II, гл.10., цитирано према В. Дјурант, *Животи и мишљења великих филозофа*, Бајка, Ниш, 2002, стр.90.

уверавао је Дидро, “за распрострањавање знања и да храбри људе на рад; рад ће унапређивати мир, а знање ће развијати нову и природну моралност”.⁴⁴⁴ “Просветитељство је” – описивао је Кант идеју овог покрета – “еманципација човека из стања самонаметнутог туторства...од неспособности да користи властиту интелигенцију без спољашњег вођства. Такво стање туторства називам ‘самонаметнутим’ ако почива, не на недостатку интелигенције, већ на недостатку храбрости или спремности да се користи властиту интелигенција без помоћи предводника. *Sapere aude!* Усуди се да користиш властиту интелигенцију. То је борбени поклич Просветитељства.”⁴⁴⁵ Боље од свих широких описа дух овог времена дочаравају Волтерови стихови у *Едипу*: “У себе веруј, својим оком гледај све; па био храм то, треножац или богови.” У нашем ћемо контексту као основне карактеристике овог покрета апострофирати величање Разума, веру у напредак, трагање за Истином и поуздање у људску способност да открије опште и постојане законе који управљају поретком стварности. На концу, пре него што се изложимо рушилачкој стихији постмодернизма морамо још споменути основну идеју *структурализма*, чији су сирови почети у раду лингвисте де Сосира достигли суптилну пуноћу у структуралној антропологији Клод-Леви Строса. Суштина структурализма као филозофског правца је у уверењу да се иза мноштва појавних разноликости крију непроменљиве менталне и друштвене структуре. Допирањем до “крајњих” структура људског духа, што је главни задатак друштвених наука, доказује се да у основи шароликих емпиријских понашања леже скривене структуре које их омогућавају и које се тако показују као “скривени ред” људског понашања.

Тешко је прецизно одредити шта је *постмодернизам*, али се поуздано може рећи да је антипод свему напред изнетом и да све чега се докопа доводи у сумњу. Тако он не препознаје *боље* уметничке или књижевне облике нити *право* тумачење песме или романа. Или, да се послужимо чувеном изреком Пола Фајербенда, “*anything goes*” (све може, све пролази). За потребе нашег посла као најбоље се показује одређење које даје Тери Иглтон: “Постмодернизам је стил мишљења за који је карактеристична сумња у класичне појмове истине, разума, идентитета и објективности, у идеју универзалног прогреса или еманципације, у јединствене оквире, велике наратије и коначна објашњења.

⁴⁴⁴ А. М. Wilson, *op.cit.*, стр. 54.

⁴⁴⁵ I. Kant, *What is Enlightenment* (1785); WWC, IV, стр. 169, цитирано према К. Ропер, *op.cit.*, стр. 266.

Насупрот овим просветитељским нормама, он свет види као непредвидив, дивергентан, нестабилан, неодређен, као скуп необједињених култура или интерпретација – што рађа скептицизам у односу на објективност и истину, историју и норме, датост природе и кохерентност идентитета”.⁴⁴⁶ “Постмодернизам верује да” – наводи још Иглтон – “ треба да славимо разлику, плуралитет, шарену и пегаву природу наших култура”⁴⁴⁷ док у исто време “денунцира сваки универзализам као мамурлук који нас чека након превелике дозе просветитељства”.⁴⁴⁸ Постмодернизам дакле пориче да може постојати коначна истина и има аверзију према великим теоријама, тзв. метанарацијама (као што су оне Г.Ф.В. Хегела, Карла Маркса, Херберга Спенсера, Талкота Парсонса и др.), којима се *откривају* унапред дате структуре друштвеног живота. У ствари, већ сама реч “откривање” на постмодернисте производи исти ефекат као и махање црвеном марамом у кориди, јер претпоставља неку постојећу, постојану стварност која се може открити посматрањем и анализом, што је дијаметрално супротно идеји постмодернизма.

3.5.2. Основни елементи

Садржина овог појма дисперзивног је карактера – не постоје тврде међе конструкционистичког становишта. Ипак, за иницијализацију у социјалне конструкционисте, саопштава нам Берова, неопходна је вера у барем неки од постулата које ћемо овде навести.⁴⁴⁹ Први на лествици конструкционистичких аксиома јесте онај о непоузданости сазнања. Основну покретачку снагу друштвених наука одувек је представљало трагање за знањем које је традиционално поистовећивано са истином, и то универзалном истином, истином са великим “И” (нпр. истином о људима, о људској природи, о друштву). Социјални конструкционизам је, међутим, антипод *позитивизму* и *емпиризму* традиционалне науке тј. претпоставкама да се природа света може открити посматрањем и да оно што опажамо као постојеће јесте и оно што постоји.⁴⁵⁰ Конструкционистичко становиште, дакле, заговара *антиреализам* будући да ми конструишемо властите верзије стварности (као култура или друштво) међу собом. Не постоји “истина за све”, већ само “истине у оквиру заједнице” тј. истине са малим “и” које

⁴⁴⁶ Т. Иглтон, *Илузије постмодернизма*, Светови, Нови Сад, 1997, стр. 5.

⁴⁴⁷ Ibid., стр. 47.

⁴⁴⁸ Ibid., стр. 42.

⁴⁴⁹ Опширније о томе В. Бер, *op.cit.*, стр. 32-36.

⁴⁵⁰ Ibid., стр. 33.

происходе из заједничког начина живота чланова унутар неке групе.⁴⁵¹ “Социјални конструкционизам нас ослобађа задатка да утврђујемо која традиција, систем вредности, вера, политичка идеологија или етички принципи представља коначно и трансцендентално Истинито или Добро. Из конструкционистичке перспективе, све може бити важеће или валидно за неку групу људи.”⁴⁵² Свет којим владају *антиесенцијализам* и *антиреализам* место је где се срећно угнездио *плурализам* (стање у којем заједнице различитих система значења успевају да сарађују у грађанском миру). Градирање различитих начина живота је неодрживо јер оно подразумева да постоји један коректан или најбољи начин разумевања људске егзистенције и вођења доброг живота, што је, међутим, немогуће доказати. Могло би се рећи да је, на пример, религиозни плурализам врло успешно спроведен у америчком друштву. Типично америчка фраза “религиозна склоност” речито исказује овај плурализам.⁴⁵³ Елем, иза тог застора изатканог од толеранције “културног плурализма” крије се вртоглавица *релативности*: не постоји “истина” већ само многобројне конструкције света, многобројне верзије догађаја и свима њима морају се признати једнак статус и вредност, а које ће од њих носити печат “истине” зависи од културно и историјски специфичних чинилаца. Пошто истина не постоји, све перспективе морају бити подједнако валидне. Једно становиште се, према томе, може оцењивати само у односу на неко друго становиште (отуда “релативизам”), а не у односу на неки крајњи стандард или истину. Овај радикални плурализам и релативизам објашњава следећа догма оличена у тези да је схватање света историјски и културно специфично.

Исти свет се може различитим посматрачима појављивати на различите начине зависно од места које заузимају у географији и историји. Чврсту подлогу за истицање ове тезе чини *savoir vivre*⁴⁵⁴ тематика: још су антички филозофи приметили да се грчки полиси по свом схватању „доброг живота“ разликују од Египћана, Феничана и других народа. Ово је зато јер су људска бића културно укореењена. Стога се „неки начин живота не може оценити добрим или лошим без потпуног узимања у обзир система значења, традиција, темперамента и моралних и емоционалних ресурса укључених

⁴⁵¹ К. Герген, М. Герген, *op.cit.*, стр. 63.

⁴⁵² *Ibid.*, стр. 20.

⁴⁵³ П. Бергер, Х. Келнер, *op.cit.*, стр. 94.

⁴⁵⁴ Знати како ваља живети, умеће живљења.

људи.“⁴⁵⁵ Свака култура има своје критеријуме просуђивања и оно што је „стварно“ америчком бизнисмену не мора бити „стварно“ и тибетанском монаху. Навешћемо неколико егзотичних и бизарних примера: Рајхард се чудио кад је схватио да све црначке расе које је упознао сматрају да је жена лепа ако није стегнута око струка и кад јој је тело од пазуха до кукова исте ширине, а Сер Ендру Смит је једном видео неку жену која је сматрана лепотицом чија је задњица била тако огромна да није била у стању да устане ако је седела на равном тлу, па је морала да се одгурује све док не би дошла до неке косине; народ Ботокудос је добио име по чепу (*botoque*) који су уметали у доњу усну и уши у осмој години живота, све док отвор не би имао чак четири инча у пречнику, а хотентотске су жене обликовале доњу усну тако да је добијала огромну дужину, и која је на крају изгледала као кецеља, “хотентотска кецеља“ којој су се толико дивили њихови мушкарци.⁴⁵⁶

Могло би се, дакле, рећи да је теза о којој говоримо само разрада духовитог Паскаловог исказа да оно што је истина са једне стране Пиринеја, са друге је грешка. Погледајмо заиста како је иста ствар некад изгледала са две стране Пиринеја. Док је, на пример, у осаманаестом веку шпански супруг неверство своје жене узимао за неопростиву увреду која се често крвљу враћала, дотле је француски муж истоветно понашање своје супруге примао толерантно, чак и шаљиво. Да би ово дочарали у помоћ ћемо позвати песнике: „С много пријатеља, слугу и с бакљама“ – обавештава нас Лорд Бајрон о концу првог љубавног подухвата свог јунака – „упутио се дон Алфонзо у одаје своје супруге, дона Ђулије, да провери своје сумње...Већина њих су били ожењени па се нису нимало устезали да узнемире при спавању жену која се одлучила да тајно украси роговима главу свог мужа... Јер, такви су примери врло заразни, и ако једна остане некажњена, њеним ће трагом ударити и друге!“ Углавном када је после силне претраге и перипетија (генијално опеваних) угледао Жуанове ципеле, „дон Алфонзо паде у лудило од јарости, истрча из собе да дочепа свој мач, поче пиштати да ће се осветити још те ноћи и...бој је био жесток“.⁴⁵⁷ С оне стране Пиринеја иста тројка (Мабиш, Брибри и Густав)⁴⁵⁸ потпуно је

⁴⁵⁵ В. Parekh, *op.cit.*, стр. 48.

⁴⁵⁶ Видети В. Дјурант, *Источне цивилизације*, Народна књига, Београд, 1995, стр. 93-95.

⁴⁵⁷ Из поеме *Дон Жуан* Лорда Бајрона, Народна књига, Београд, 2004, стр. 27-33.

⁴⁵⁸ Иронично описујући живот у Паризу, и Французе уопште, Достојевски у *Зимским белешкама о летњим утисцима* (Рад, Београд, 1977. стр. 274-282) тако означава француску супругу (јер када се буржуј разнежи

друкчије функционисала. Брибри је добро знао да ма шта говорио и ма како улепшавао ствари, не може задржати Мабиш у њеним канаринским годинама, јер је парижанка створена да има љубавника и готово је немогуће да муж прође без рогова. Брибри зна да ће се Мабиш у старости свом душом унети у његове послове и интересе и да ће му бити најсвесрднија помоћница у згртању новца. Она му чак и у младости изванредно помаже. Мабиш понекад води целу трговину, примамљује купце, једном речју, она му је десна рука, најважнији помоћник. Па како да јој не опрости понеког Густава! Зато се Густав прећутно и снисходљиво дозвољава. Сетимо се само са колико хладне ироније Золин јунак прихвата љубавне авантуре своје младе и лепушкaste жене. Шта би се догодило кад би дон Алфонса или Аристиде Сокара⁴⁵⁹ преместили у Француску односно Шпанију, можемо само претпостављати. Конструкционисти сматрају да ће са променом *структуре применљивости*⁴⁶⁰ доћи до промене *субјективне применљивости* па ће тако шпански супруг који емигрира у Француску вероватно постати крволочан у одбрани своје наводне части, док ће француски супруг који се пресели у Шпанију вероватно развити до тада незамислив кодекс части.⁴⁶¹ Дакле, све “то значи да су сви начини разумевања света историјски и културно релативни. Они не само што су специфични за посебне културе и историјска раздобља већ представљају и производе одређене културе и одређеног историјског периода, то јест зависни су од друштвених и економских уређења која преовлађују у датој култури у дато време. Посебни облици знања којима обилује свака култура представљају, према томе, њене артефакте, и нема разлога да верујемо како су наши начини разумевања нужно бољи (то јест, ближи истини) од других начина схватања света.”⁴⁶²

Следећу важну тему представља *језик*. Процес конструкције своје корене има у језику јер је, по веровању конструкциониста, “језик нужан предуслов нама познатог начина мишљења”.⁴⁶³ “Границе мог језика”, каже Витгештајн, “јесу и границе мог света”.

или просто хоће да превари жену, он је увек зове „ma biche“ – кошту моја), њеног мужа („заљубљена“ жена у наступу грациозне веселости свог милог буржуја назива „bribri“), и њеног љубавника (Густав је исто што и “брибри”, само није ожењен).

⁴⁵⁹ Један од јунака Золиног романа „Каљуга“.

⁴⁶⁰ Појам применљивост структуре указује на то да разни људи сматрају разна одређења стварности применљивим, баш као што је илустровано нашим примером.

⁴⁶¹ П. Бергер, Х. Келнер, *op.cit.*, стр. 79.

⁴⁶² В. Бер, *op.cit.*, стр. 34.

⁴⁶³ *Ibid.*, стр. 38.

Sensus communis схватање третира језик као средство саобраћања помоћу којег се износе човекова унутрашња стања (осећања, доживљаји света, итд.). По конструкционистичком схватању је обратно: језик ствара особу. По тврдњи екстремних конструкциониста ништа не поседује независну егзистенцију изван језика. Ништа није стварно, све док се људи не сложе око тога да јесте или, речено Фукоовим речима, “дискурс је пракса која формира објект о којем говори”.⁴⁶⁴ Ако, на пример, желимо да дефинишемо одређени појам, ми то можемо само позивањем на друге знаке истог језичког система. Зато нема “изласка” у стварни свет који би постојао изван језика. “Пошто сваки “објект” окружују безбројни и међусобно супростављени дискурси, остајемо без појма “истине” (то јест, без дискурса за који би се могло рећи да описује објект тачно, док сви остали то раде погрешно). Ми располажемо једино мноштвом различитих дискурса или перспектива од којих је сваки, очигледно, подједнако валидан. То је такозвани проблем “релативизма”. Тврдње сваког дискурса су само релативне у односу на друге дискурсе и ни за један се не може рећи да је истинит или лажан у поређењу са “стварношћу”.⁴⁶⁵

На крају, конструкционисти верују да се разумевање света односно људско знање о њему ствара (конструира) у међусобним интеракцијама у друштвеном животу. Због тога, закључују они, “оно што сматрамо “истином” (која се, наравно, разликује у зависности од историјског раздобља и културе) није производ објективног посматрања света, већ социјалних процеса и интеракција у којима су људи непрестано ангажовани.”⁴⁶⁶ Ова теза, која на традиционалне постулате хуманистичких наука утиче разорније него што су то чинила Волтерова и Русовљева дела на француско краљевство,⁴⁶⁷ неизоставно води *антиесенцијализму* који антиципира да не постоји нека дата, одређена природа света или људи, то јест да у стварима или људима не постоје суштине које би их чиниле оним што јесу. У епифанском маниру конструкционисти још упозоравају да се њихова теза да је схватање света историјски и културно специфично не сме посматрати у контексту старог спора о томе да ли на конституисање личности више утичу друштвени услови или биолошки фактори јер су оба та становишта, по томе што тврде да особа има природу коју

⁴⁶⁴ М. Foucault, *The Archaeology of Knowledge*, Tavistock, London, 1972, стр. 49.

⁴⁶⁵ В. Бер, *op.cit.*, стр. 97.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, стр. 35.

⁴⁶⁷ Луј XVI је, угледавши у тамници дела двојице филозофа, резигнирано рекао: “Ова два човека разорила су Француску”.

је могуће дефинисати и открити (без обзира на то да ли ту природу виде као нешто што је одређено биологијом или окружењем), есенцијалистичка, што је дијаметрално супротно конструкционистичком учењу. Јер по њима, личност ни не постоји. У људима нема ничега, али у њиховим међусобним односима постоји нешто. Чвор је у томе, доказују конструкционисти, што то “нешто” (које се манифестује у социјалним интеракцијама) људи погрешно смештају у особу коју описују. Тако, уверавају они, уместо да се личност посматра као нешто што већ постоји у одређеној особи (у увиду карактерних црта) њу треба посматрати као нешто што се ствара у друштвеним односима. Изнето становиште ћемо објаснити на примеру који даје сама Берова: “Узмимо неколико речи којима се означавају типови личности, а које користимо кад описујемо људе : пријатан, брижан, стидљив, самосвестан, намћор, непажљив. Можете сами направити листу речи којима бисте описали своје познанике. Унапред могу да кажем да би већина тих речи у потпуности изгубила значење када би описана особа живела на пустом острву. Ако нема других људи, то јест друштвеног окружења, може ли се за особу рећи да је ‘пријатна’, ‘стидљива’ или ‘брижна’? али кад се та особа измести из односа са другим људима, поменуте речи постају бесмислене. Оне указују на наше понашање према другим људима. Пријатно опходјење, стидљивост или брижност не постоје у људима , већ у односима међу њима.”⁴⁶⁸

Један од својих адута конструкционисти проналазе у чињеници да се људи различито понашају у различитим социјалним ситуацијама. Ево како је, уместо нас, ову мисао разрадио Гогољ: “У нас има таквих мудраца који ће са спахијом који има двеста душа говорити сасвим друкчије него с оним који има триста, а с овим који има триста душа неће опет говорити онако као с оним који има пет стотина, а с оним који има пет стотина неће опет онако као с оним који има осам стотина, једном речју, терај ако хоћеш до милиона, једнако ће се налазити прелази. Рецимо, на пример, да има нека канцеларија – не овде него у држави на крај света; а у канцеларији, рецимо, има управитељ канцеларије. Молим Вас погледајте га кад седи међу својим потчињенима – та од страха нећеш ни речи изговорити. Поноситост и племенитост...и већ шта се још не види на лицу његову? Само узми кичицу па сликај: Прометеј, сушти Прометеј! Гледа као орао, корача лако, одмерено.

⁴⁶⁸ В. Бер, *op.cit.*, стр. 61.

А тај исти орао, чим изађе из собе и пође у кабинет својега начелника, трчи с актима под пазухом што игда може, као год јаребица. Ако су у друштву и на вечерњој забави сви малога чина, Прометеј ће онда остати Прометеј, а нек је ту ко тек мало стаји од њега, с Прометејем се начини такав преображај какав ни Овидије неће измислити: створиће се мува, чак мањи од муве – начиниће се зрнце песка! ‘Па ово није Иван Петровић’, рекнеш кад га погледаш. ‘Иван Петровић већи је растом, а овај је и малечак и сувоњав; онај виче кад говори, глас му је крупан и никад се не смеје, а овај пијуче као птица и непрестано се смеје.’ Приђеш, ближе, гледаш – доиста Иван Петровић! ‘Их,их,их!’ помислиш у себи...”⁴⁶⁹ Али, нема ни потребе ни смисла – умирују нас следбеници овог теоријског правца – истраживати у којој је друштвеној ситуацији нека особа “права” – она је то у сваком случају, при чему је свака верзија производ конкретних односа с другима.

За наш је контекст од изузетне важности још једна одлика социјалног конструкционизма. Ради се, наиме, о конструкционистичком релативизовању давно успостављене разлике између чињеница и вредности. Традиционална је наука полазила од тога да су чињенице “чврсте и непомериве” а да су вредности (као, на пример, оне о добром животу) флексибилне и променљиве. То је одлично описано у Шушњићевом повлачењу разлике између *теорије* и *чињеница*: “Чињенице садрже теорију исто толико колико камење лепоту. Јадна чињеница, не уме да говори. Она је нема: она просто јесте !...Ако је исту чињеницу (или исти скуп чињеница) могуће тумачити *различитим теоријама*, онда је јасно да чињенице задржавају своју вредност : оне важе независно од теорије! Чињенице се не могу одбацити или оспорити, већ само наш теоријски став према њима...Теорија отвара чињенице да говоре о себи: без ње би оне остале заувек неме. Чињенице постоје, али је то немо постојање у одвојености : тек у оквиру неке теорије оне проговарају и нешто значе. Могу се сви истраживачи сложити о чињеницама, али не и у тумачењу чињеница: овде се појављују разлике!”⁴⁷⁰ Социјални конструкционизам, међутим, доводи у питање ову уврежену разлику.⁴⁷¹ По њему, не постоје чак ни описи који би били ослобођени од вредности: оног тренутка кад извесимо о свом запажању нема више чистих чињеница већ само стварност из угла сопствене културне традиције у

⁴⁶⁹ Фрагмент из Гогољевог романа *Мртве душе*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1969, стр. 48.

⁴⁷⁰ Ђ. Шушњић, *Методологија*, Чигоја, Београд, 2007, стр. 98-91.

⁴⁷¹ К. Герген, М. Герген, *op.cit.*, стр. 17.

смислу онога што је Шиц назвао “биографском ситуацијом”.⁴⁷² О чему је заправо реч покушаћемо да објаснимо на примеру који су Гергенови изнели као илустрацију ове тезе. Дакле, ови су аутори маркирали три репрезентативна наслова из новина који покушавају да опишу “оно што се десило у Ираку” 2003. године. Први наслов “Победничка војска САД у Багдаду” који потиче из једних америчких новина, просто третира Американце као победнике и Гергеновима звучи као нека врста честитке себи самима. У наслову “Америчка империја тврди да је победила у Ираку” који је освануо у Бразилу, Гергенови примећују употребу ироничног термина “империја”, као и назнаку да Американци тврде да су победили (другим речима будућност би могла да покаже и другачије стање ствари). Наслов из арапских новина “Ирачке снаге се скривају док Американци окупирају Багдад” сугерише да је победа само привремена окупација и да ће консолидоване ирачке снаге чекати повољну прилику за контра деловање. Иако се односе на исту чињеницу цитирани су искази дубоко натољени вредностима средине у којој сваки од аутора живи и пише. Па и Гергенови су износећи овај пример изнели став своје средине : одредница да исти “описују догађаје везане за пад режима Садама Хусеина” ирачком друштву даје предзнак тоталитарног, а америчком деловању предзнак ослобађања у име демократије.

3.5.3. Дубље копање

Тешко је супроставити се ономе чему је дискурс храна: свака нова верзија представља нову *конструкцију*. Зато је расправа о друштвеној конструкцији “попут мијазме, кужног испарења које се диже увис и у којем лебде утваре које нас заводе да кренемо путем пропасти”⁴⁷³ или, да се послужимо једном Хегеловом метафором, као “лов на сенку сенке”. На срећу, оглед о друштвеној конструкцији у контексту судског поступка не подразумева нужно улазак у “безобално море” споменутих “ратова око културе и науке”, у чијем средишту бесни битка око идеја социјалне конструкције. Наш положај подсећа на Гетеов опис сопственог диживљаја битке код Јене: “Не могу се пожалити. Био сам као човек који с неке непробојне стене гледа бесно море и, мада никако нисам могао

⁴⁷² Актуелна ситуација актера има своју историју; њу чине слојеви свих његових претходних субјективних искустава. Њих актер не доживљава као анонимне, већ као јединствене и субјективно дате њему и само њему. Видети о томе: А. Шиц, *Проблем друштвене стварности*, Mediterran Publishing, Нови Сад, 2012.

⁴⁷³ И. Хекинг, *Друштвена конструкција – Али чега?*, Mediterran Publishing, Нови Сад, 2012, стр. 143.

помоћи бродоломницима, мени огромни таласи нису могли ништа.”⁴⁷⁴ Ову релативно лагодну позицију лако је објаснити : кад се уморни од посла испитивања “последње стварности” свих ствари окренемо “ситним људским пословима” који заокупљају “чистокрвне правнике” учинићемо то оком богатог млетачког трговца загледаног у неку шустерску радионицу. И заиста, опора је истина да расправе о знању (којима доминирају питања разумевања, коцептуализације, применљивости, итд.), феноменологији или моралу, па на крају крајева, и о истини и правди, за највећи део правне науке представљају запечаћену књигу. Другим речима, стереотип о традиционалној незграпности правника који се крећу просторима филозофије и социологије вреди и данас и та је незграпност, нагласили смо већ, несразмерно велика у односу на обрнуту ситуацију. Међутим, интелектуални токови, подсећамо, не теку у савршеној изолацији, већ се међусобно преплићу и један на други утичу. Проблем је што јуриспруденција није у стању да ове интелектуалне токове опсервира и о њима артикулише сопствени став (с обзиром на предмет свог проучавања). И као што каже пословица: ми чујемо да звони али не знамо с које цркве. У таквим околностима многе помодне идеје, које иначе имају особину да се шире као канцерогене ћелије, постану *код* а да се чак и не покуша пратити њихова историјска друштвена генеза. Ипак, од правне науке не захтевамо да у сваком од ових питања хоризонте својих језера рашири до океана, али њихова суштина и могуће импликације на јуриспруденцију морају се познавати. Зато она мора бити оспособљена да нове трендове критички оцењује тако што ће добре утицаје пропуштати а лоше заунављати. Но, у том погледу је стање правне науке слично оном у којем се налазила северна граница римске империје у четвртм веку кроз чије се бедеме, уз мало подразумеване дрскости, свако могао провући.

Вратимо се, дакле, на ствар и шепуреће рухо кунструкционизма одмеримо својим шустерским оком. Посматрано одатле, напред изнета мана скоро да се преображава у врлину. Предност наше позиције је што имамо чврсту тачку ослоња оличену у природи и сврси судског поступка. Наиме, предмет кривичног поступка представљају конкретне чињенице здраворазумске перцепције односно прости чулне представе. Он се бави здраворазумским а не научним тумачењем људског делања, и не прелази међе

⁴⁷⁴ Цитирано према Х. Арент, *Живот духа*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 168.

здраворазумског знања свакодневног живота тј. “збиље свакодневнице”. У том смислу кривични поступак чини најгрубљи, најједноставнији и најповршнији облик стварности. Показаћемо то на примеру у којем ће се у микроскопском виду, као сунце у малој капљи воде, указати сви елементи онога о чему говоримо. Кад желе да објасне како су чињенице неме и да са собом увек носе свој протумачени унутрашњи и спољашњи хоризонт, у научним круговима духовито препричавају како би “три мудраца са запада” тумачили један те исти мит (који је у овом случају једна чињеница) америчких индијанаца о дечаку који је украо оцу најмилије прасе и кува га у шуми: “Фројд би закључио да дечак симболично убија свог оца због љуборе према мајци. Маркс би рекао да је тај млади члан пролетеријата зграбио контролу над средствима за производњу у класној борби против аристократије. Леви Штрос би приметио да кувајући прасе примитивни индијански дечак остварује прелаз из природе у културу и показује да се његови мисаони процеси битно не разликују од Ајнштајнових.”⁴⁷⁵ Кривичном је поступку пак, додајемо ми, намењана најпрозаичнија страна приче: питање да ли је дечак украо и скувао прасе.

Идеје социјалног конструкционизма су потпуно непримерене природи кривичног поступка будући да оне функционишу на једном другом нивоу, који би се могао назвати *мета-нивоом*, на којем покушавају да објасне како долази до тога да људи деле опште појмове стварног и доброг (зашто се, на пример, човечије тело схвата као “машина”, с једне стране или “свети храм”, с друге стране).⁴⁷⁶ Ово се оцртава познатом метафором о конструкционизму као огромном кишобрану испод којег могу да се сјате и размотре сви облици стварања реалности, укључујући и привидну стварност коју креира сам конструкционизам.⁴⁷⁷ Ни сами конструкционисти не заговарају неку форму универзалног друштвеног конструкционизма и “не тврде да је све друштвени конструкт, укључујући, на пример укус меда и планету Марс – то јест, сам укус и саму планету, насупрот њиховим значењима, нашем доживљају или осећањима које буде у нама.”⁴⁷⁸ Дакле, ни они не доводе у питање здраворазумско знање о свакодневном животу: планински врхови неће израсти из разговора. Јер, као што каже Серл: “нешто може бити планина чак и када нико не верује да је то планина; нешто може бити молекула чак и када

⁴⁷⁵ Цитирано према Ђ. Шушњић, *op.cit.*, стр. 90.

⁴⁷⁶ К. Герген, М. Герген, *op.cit.*, стр.87.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, стр.87.

⁴⁷⁸ И. Хекинг, *op.cit.*, стр. 46.

нико ништа не зна о томе.”⁴⁷⁹ Исто је и са кварковима:⁴⁸⁰ они су саставни делови универзума па како онда могу бити конструисани, а о друштвеној конструкцији да и не говоримо.

3.6. Легитимација кроз процедуру

Процесну перспективу на правосуђе најуспешније подупиरे Луманова *теорија система*. Овај теоретичар најважније обележје савременог друштва препознаје у високом степену функционалне диференцијације. Из целине друштвеног система издвојили су се функционално аутономни и сразмерно затворени подсистеми. Сваки од њих поседује посебна правила којима каналише карактеристичне операције и која не важе изван конкретног подсистема. Један од таквих подсистема је и право. Правни систем је принуђен да непрестано увећава сопствену комплексност како би могао могао да одговори све већој разноврсности друштвених односа које треба регулисати у глобалном индустријском друштву. По Лумановом расуђивању, првенствану оперативну методу интеграције све дубље диференцијације представљају правне процедуре.

„Став да правно регулисане процедуре доприносе легитимацији правно обавезујућих одлука – или да ове чак и утемељују – припада либералном размишљању о праву, држави и друштву које је ступило на место староевропске традиције. Ова је теза конципирана, свесно или несвесно“ – вели Луман – „*како би се потиснуо староевропски модел хијерархијског поретка извора и материје права. Теза наизглед обећава већу отвореност за нове нормативне творевине, већу еластичност и прилагодљивост права и већи потенцијал за структурне промене у друштву* (курзив наш). Попут категорије уговора на подручју ’друштва’, категорија процедуре наизглед на подручју ’државе’ нуди чаробну формулу комбинације сигурности и слободе у највећој могућој мери, коју је могуће свакодневно конкретно практиковати а која – као институција – ипак сва одређења препушта будућности. Уговор и процедура“, завршава Луман, „то су наизглед еволуционо невероватна достигнућа која омогућавају садашњици да се сама обавезе на оно што се да изменити и да поднесе сваку могућу будућност.“⁴⁸¹

⁴⁷⁹ J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York/London, 1995, стр. 33.

⁴⁸⁰ Видети И. Хекинг, *op.cit.*, стр. 52-53.

⁴⁸¹ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 21.

Луман је покушао, како сам каже, да социјалнонаучним и посебно системско-теоријским средствима реконструише за модерне политичке системе централну правну идеју процедуре. Процедуре за доношење одлука регулисане правом једно су од најистакнутијих обележја политичких система модерних друштава. У најмању руку, констатује Луман, красе фасаду тих система. Али оне нису без значаја чак ни онда када систем прожимају материјални критеријуми. Луман, међутим, примећује да је тај значај, обавијен неким чудним полумраком, тешко оценити. За то окривљује либералне теоретичаре импутирајући им да се, чак и онда када су сматрали да правила процедуре сачињавају саму суштину државе и права, нису одважили да у погледу исправности одлучивања доследно одбаце материјалне критеријуме, због чега је остала неразјашњена релативна тежина процедуралних и материјалних премиса понашања.⁴⁸²

У језгру Луманове теорије стоји питање легитимитета одлука. Он критикује стајалиште по којем одлуке задобијају легитимитет исправношћу (истинитошћу, праведношћу) свог садржаја. Штавише, Луман верује да је само на основу предрасуде, и никако другачаје, преживело схватање да су циљ и суштина правно регулисаних процедура права спознаја и истинска правда. По том схватању процедура би била релативно аутономно заснована струкутра улога, независно од других друштвених улога, у којој се комуникација одвија са циљем да се донесе исправно решење (решење које се оријентише према истини, које је праведно и у складу са правом). Луман сматра да, чак и ако усвојимо ову већ донекле социолошки обојену формулацију, не постаје сасвим јасно како у таквом систему улога може бити загарантована истина у смислу искључиво исправног, опште уверљивог решења проблема о којем се одлучује. Он се пита да ли је можда нужан предуслов за то диференцијација процедуралних улога специфичних за нарочиту функцију утврђивања истине, баш као што се и научна трагања за истином одвијају у специфичним улогама или у најмању руку по мери специфичних метода и вредности. Диференцијацијом се, признаје Луман, мобилишу могућности комуникације које не би постојале кад би веза са другим, ванпроцедурулним улогама била чврста. Ослобађање комуникације би могао бити други услов, док би као трећи фактор могли означити конкурентско или чак контрадикторно усмеравање комуникације. Све то

⁴⁸² Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 31.

међутим – закључује Луман - не може гарантовати да ће се увек пронаћи истина и донети исправно решење. Јер, том се настојању супротставља имепратив по коме одлука у сваком случају мора бити донета. Систем који мора гарантовати да ће сви настали проблеми бити решени не може у исти мах гарантовати исправност решења. Функционална спецификација у једном смеру искључује ону у другом смеру.⁴⁸³

Зато Луман критикује маневре помоћу којих се ово неугодно сазнање покушавало избећи. Неки од тих покушаја базирали су се на редуковању значаја утврђивања истине тако што су из подручја о којем се одлучује избацивали оне теме које имплицирају „апсолутне“ истине (на пример оне религиозне природе). Једно од решења пронађено је у ограничавању на релативне и привремене истине (ово је одрицање било темељ романтичарске идеје „вечног разговора“). Није мање важна ни правничка чаролија којом се задовољавао касни либерализам: процедуром се, додуше, решење не може оправдати, али се на њој заснива презумпција да решење представља материјалну истину. На овом месту се Луман зауставља, уверен да несолидност наведених приговора неизоставно води до радикалнијег питања: да ли се основна функција правно регулисаних процедура уопште састоји у томе да се дође до истине?

Овај теоретичар система, наиме, инсистира на функцији коју процедура има независно од циља откривања истине. При томе, он не одриче истини свако практично значење или вредност. Јер, „истина је евидентна по себи. Само је по себи разумљиво да се шири и да наилази на признање. Можемо посумњати у здрав разум онога ко је не признаје.“⁴⁸⁴ Међутим, тек са одбацивањем претпоставке да процедуре служе откривању истине, постаје могуће да се на нов и непристрасан начин истражи функција коју процедура има у легитимацији одлучивања. Потребна је теорија која је кадра да испита онај проблем истине који се поставља у процедури, а која не полази *a priori* од става да поступци служе тражењу истине. Такву теорију може изградити социологија тако што истину више не сматра вредношћу, већ социјалним механизмом који има одређене учинке, испуњава назначену функцију и који се са становишта те функције може упоредити са другим механизмима.

⁴⁸³ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 38.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, стр. 39.

Луман констатује да се под појмом легитимности традиционално означава фактички распрострањено уверење о важењу права, обавезној снази одређених норми или одлука, или о вредности начела којима се она образлажу. Али тиме се, сматра он, не добија много више од питања: како је могуће тамо где одлуке доноси тек неколицина распрострти уверење о исправности или обавезној снази тих олука? Уобичајен је одговор да се ниједан политички систем, ако жели да обезбеди трајну владавину, не може ослањати искључиво на физичку силу. Њој се, напротив, мора придружити консензус. Исто је тако сигурно да актуелни консензус, који почива на „случајној“ конгруенцији иснтереса, није довољан ослонац власти; по потреби мора бити могуће применити силу према онима који се опиру. Једно и друго (сила и консензус) морају бити присутни, помешани у одређеном односу. Све то је зацело тачно, али нам мало говори о томе који фактички процеси производе и гарантују чудесни феномен непрекидног признавања државних одлука. Стварна мотивација онога који признаје неку одлуку и тачни односи „смесе“ – да ли је поштује из страха или је прихвата - могу углавном остати неодређени. А управо та неодређеност јесте социолошки проблем.⁴⁸⁵

Крупне рационалне бирократије, примећује Луман, не би могле деловати када не би било сигурно да ће одлуке обавезујуће природе бити прихваћене. Кад социјални систем друштва достигне високу комплексност и варијабилност, тада се легитимација политичке моћи не може више препустити моралу који себе представља као нешто природно, него је треба постићи у самом политичком систему. Осим тога, треба осигурати да обавезујуће одлуке буду прихваћене као премисе понашања, мада се не може унапред знати које конкретне одлуке ће бити донете. Легитимација кроз процедуру и једнакост шанси да се донесу повољне одлуке ступа на место старијих природноправних образложења. Процедуре наилазе на неку врсту општих признања, које је независно од тога колико задовољава поједина одлука. И последица тог признања јесте да се обавезујуће одлуке прихватају и поштују.⁴⁸⁶ Легитимитет, према томе, можемо схватити као генерализовану спремност да се унутар одређених граница толеранције прихвате још неодређене одлуке.⁴⁸⁷ Дакле, класична концепција по којој је процедура трагање за

⁴⁸⁵ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 43-44.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, стр. 45-46.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, стр. 44.

истином постаје неодржива у условима прекомерне комплексности друштва. Јер, никакав политички систем не може допустити да његова стабилност зависи од тога да се постигну тако високи циљеви. Комплексности модерних друштава може се удовољити само генерализацијом признавања одлука. Прихватање значи да, свеједно из којих разлога, одлука постаје премисом понашања оних којих се тиче и да они своја очекивања изнова структуришу у складу са одлуком. Оваква уградња нових структура очекивања у стару личност која остаје идентична, може се одиграти на врло различите начине и захватити више или мање централне структуре личности: променом уверења, новим тумачењем прошлости, издвајањем и изолацијом проблематичних тема, багателизацијом, резигнацијом онога који је упознао свет, ослањањем на нову околину, итд. У сваком случају признање се темељи на процесу учења мењања премиса. Тога нема тамо где адресат настоји да живот настави протестујући против одлуке, опирајући јој се, износећи на јаву увек изнова своје повређено право, чепркајући увек изнова по својим ранама и покушавајући да задобије одобравање других. Једном речју: не учи већ устрајава у својим старим разочараним очекивањима. Сам појединац не може успети у овом учењу уколико нема друштвене подршке. Јер, легитимност се не ослања на добровољно признање - појединац не сме бити окривљен да противречи сам себи – већ на социјалну климу која институционализује признање обавезујућих одлука као нешто што је сасвим разумљиво и која то признање не сматра последицом личне одлуке већ напротив важења службене одлуке.⁴⁸⁸

Јасно је да се у свим друштвима одређене комплексности поступак мора повести избором једног унапред конституисаног типа. Тај тип у култури већ постоји као програм за релативно издвојено понашање. Тако се, као и сви системи, конституише и судски поступак, издвајајући се и учвршћујући своје границе према некој околини. „Идеал једног и јединог исправног решења отежава увид у значај овог питања: у оној мери у којој таква решења постоје и у којој их је могуће наћи, поступак постаје ирелевантан. Исправност решења не зависи од тога како се до њега дошло. Поступак се може развити као социјални систем, само зато што у питањима права и истине постоји неизвесност.

⁴⁸⁸ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 46-48.

Издавање поступка односи се на процес апсорпције те неизвесности и значи да тим процесом управљају не спољашња него интерна мерила поступка.⁴⁸⁹

Међутим, друштвеним утицајима на поступак мора се оставити некакав вентил. То се обезбеђује путем решења која чине право и која су напослетку изричито законодавна. На тај се начин утицај концентрише и специфицира. Канализовање и контрола друштвеног утицаја путем законодавства - позитивност права дакле - битан је услов друштвене аутономије доношења судских одлука. Судија заснива свој суд на писаном закону, којим је дефинисано које су чињенице у којем смислу релевантне за одлуку, а не више непосредно на уверењима о истинитом и исправном, које су завладале у неком за њега прегледном поретку друштвеног живота. Он тако може деловати са веће дистанце и може одлучивати попут странца. Издавање поступка повећава тешкоћу одлучивања: одузима поступку многе могућности поједностављења. Вештачки се анулирају чак и лично животно искуство и лично знање судије - својства која су у неиздвојеном поступку управо препоручивала за судску службу. Паралелно са издавањем поступка расту захтеви за тактичком вештином странка у процесу. Оне више не могу, као што су могле у једноставним друштвима наступати као личне познате и не могу са собом донети поверење, већ морају као непознате тек заслужити поверење у поступку. „Општи социјални статус и друге улоге не представљају чврст темељ. Странке могу као своју предност унети у поступк сигурност у наступу или научену вештину владања и у том индиректном смислу вероватно су и надаље припадници виших друштвених слојева привилеговани пред судом. Међутим, ни њихов статус ни лични контекст њихових улога не могу се непосредно пресадити у поступак и мало им користи ако узгред спомену позив на чај код кнегиње Х или зетов важан положај у канцеларији министрица Y - у најповољнијем случају им веће шансе даје њихово понашање, али те шансе тек треба реализовати учинцима у поступку постигнутим по правилима поступка.“⁴⁹⁰

Идући овим путем Луман долази до питања да ли, у којем смислу и помоћу којих психичких и социјалних механизма учетовањем у поступку који се одвија као систем, јача спремност грађанина да независно од садржаја и образложења одлуке

⁴⁸⁹ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 67.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, стр. 73.

прихвати ту одлуку као обавезну (не нужно и исправну)? Он одбацује претпоставку да би било довољно народу и учесницима допустити да као пасивни гледаоци присуствују искреним напорима управних службеника и судија да нађу право. Питање које по њему заслужује озбиљније истраживање гласи: шта се може постићи активним учествовањем у поступку оних који морају прихватити решење? У одговору на ово питање Луман се служи социолошким појмом улоге и бирокрстаки систем управе правне моћи схвата у смислу система понашања у улогама. У основи овог стајалишта лежи Мидово *role-taking* учење: човек не доживљава друге људе једноставно као ствари, него као носиоце властитих субјективних перспектива, у које се може пренети. Он се може уживети у улогу другог и у њој наћи стајалиште с којег може посматрати самог себе. Суделовање учесника служи стога и ужој вези појединца са управом, чије ће одлуке чак и ако су неповољне за они радије прихватити уколико су на меродаван начин учествовали у њиховом доношењу.⁴⁹¹

Важну полуку у процесу легитимације одлука кроз процесуру представља *допуштеност сукоба*. Једна од најочигледнијих црта судских поступака, констатује Луман, јесте да се у њима поступа контрадикторно, то јест да је дозвољено да учесници раде један против другог. Сви судски поступци заснивају се на диференцијацији улога која осигурава да не одлучују сами противници. Тако настају необично повољни услови узајамне контроле: мали прегледни системи, заједничка, ограничена тематика и функционална диференцијација положаја учесника у односу на ту тематику. Противници признају један другог у улози странке тиме што се - како би постигли успех - покоравају одређеним правилима понашања и укључују у систем поступка који се развио. То је могуће јер тиме још ништа није одлучено. Свака странка признаје оној другој могућност да се према њој односи као противник, а да то нема никаквог утицаја на исход поступка. У том је смислу *начело једнакости странака* битно начело поступка.⁴⁹²

За све поступке који су намењени примени државне моћи одлучивања битна је, видели смо, јасна подела на оне који одлучују и на оне којима је одлука намењена. Једни доносе одлуку, други је морају уважити као премису свог понашања. И управо се у

⁴⁹¹ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 83-84.

⁴⁹² *Ibid.*, стр. 99.

различитом степену персонификације приказа на једној, односно на другој страни, налази један од извора напетости. Јер, личност онога ко одлучује мора бити изузета из приказа, будући да одлука мора имати изглед закључка који се изводи из норми и чињеница. Са друге стране личност онога коме је одлука намењена мора бити укључена у приказ поступка, јер одлука треба да постане премисом његовог понашања. Ова неједнакост отежава комуникацију и често постаје проблем учесника. Тако се могу срести судије које се баш због овога осећају присиљени да повремено напусте своју улогу и, ако је то потребно, кажу коју реч на нивоу: човек човеку. Исто тако се на другој страни може наићи на учеснике који избегавају оптерећење и шаљу представника цепајући улогу ангажованог присутног на двоструку улогу неангажованог присутног и ангажованог одсутног. Са овим је повезана и нестабилност коју производе ситуације према којима се једни односе рутински, а које за друге представљају изузетне доживљаје. Рутинско, безлично опхођење са „случајем“ битан је саставни део поступка и његовог приказа, јер се одлука мора приказати као закључак изведен из факата и норми. То одређује начин на који је треба припремити и на који на њу треба припремити учеснике. Због тога могу бити релевантне само оне информације које су предвиђене у програму одлучивања. С одлуком се мора поступати као са нечим што је већ фиксирано, али још није познато.⁴⁹³

Зато је *способност учења* један од важних услова у процесу прихватања одлука. Јер, након поступка не могу опстати она очекивања која су се гајила пре њега. Разочарани учесник своја ће искуства, своје стаове и циљеве изнова организовати и укрутити се у „дисидентској“ улози. Покушаће да од сада консеквентно наступа као увређен, преварен и несхваћен. Своја ће очекивања структурисати изнова тако да она могу објаснити његово разочарење и у исти мах остати у складу са оним очекивањима која су разочарана, која право ниј потврдило. Тако ће пронаћи кривца у судији, сопственом адвокату или сведоку који је дао лажни исказ. Његова ранија очекивања чиниће му се и даље исправна, само неспроводива. А његова ће будућност бити оптерећена хипотеком сталне фрустрације, која се може само постепено умањити. Не треба нас дакле чудити, уверава Луман, што је у јавности проширена негативна стереотипна слика правника и судије. „Она предствала релативно нешкодљив вентил. Поступци не стварају само трајне

⁴⁹³ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 102-103.

спознаје него и трајна разочарења. Њихова функција није у томе да онемогуће разочарења, већ у томе да неизбежна разочарења салију у коначни облик приватног ресантимана који се шири на дифузан начин и не може постати институција.⁴⁹⁴

Када су једном доспеле у левак поступка, странке се морају кретати у смеру према решењу. На том путу оне су присиљене да специфицирају своје незадовољство и да разраде малобројна спорна питања, и то помоћу правног поретка и његове реторике, која као таква постају део приказа. Странке се могу надати да ће решење за њих бити повољно само уколико увећавају границе могућег, које постају све уже и уже. Зато оне морају одабрати одређена питања, „заоштрити аргументе - и на тај начин дати својој позициј тако специјалан карактер да се за њу нико више неће заиста занимати осим оних који се тиме по својој професији морају бавити и о том одлучивати. Сада се више не ради о скандалозном кршењу права и слобода грађанина, о бирократском акту насиља, против којег се мора одбранити читава заједница, како се у први час чинило тужиоцу, његовим пријатељима а можда и штампи, већ само о компликованом питању из закона о којем су разни судови донели супротне одлуке, док Врховни суд о њему још није одлучивао. Према томе, функција је поступка да се незадовољство специфицира и уситњује, а протест апсорбује. Мотор који покреће поступак јесте неизвесност о томе како ће се поступак извршити. Ова је неизвесност покретачка снага и прави фактор легитимисања поступка. Њу дакле, треба неговати и одржавати у животу у току поступка свом пажњом и свим расположивим средствима церемонијала - на пример тако што се наглашено приказује судска независност и објективност, избегава свако обећање да ће се поступак завршити на одређени начин, и што се таје одлуке које су већ донете. У енглеском поступку постоји чак и правило да судија наступа у расправи потпуно неприпремљен и да му све појединости треба усмено саопштити. Напетост треба одржати све до изрицања пресуде.⁴⁹⁵

Легитимација кроз процедуру не доводи неминовно до реалне сагласности, нити до заједничког става у погледима на право и неправо. Напротив, ради се о процесу новог структурирања правних очекивања, дакле учења у социјалном систему, које може

⁴⁹⁴ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 106.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, стр. 108-109.

бити у великој мери независно од тога да ли онај ко мора променити своја очекивања на то пристаје или не. Зато је неопходно да се друштво имунизира од тог процеса. Потребно је, према томе, да се социјални систем заштити од последица одређеног психичког решења које је адресат одабрао да би прихватио исход поступка. Јер, овај избор не сме наићи на социјални одјек, нити ресантимани које адресат мобилише смеју постати институција. И то је разлог због којег поступак треба да подстакне појединца да добровољно индивидуализује и изолује своју позицију.

Сва напред означена обележја поступка морају се удружити како би се постигао овај резултат. „Поступак се специфичним организацијско- и процесно-правним нормама и друштвено институционализованом поделом улога мора издвојити у посебан систем радњи; мора уз сву везаност за правне норме постићи извесну аутономију како би се индивидуализовао својом властитом историјом; мора бити довољно комплексан, како би изразио сукобе и оставио њихово решење у неизвесноати. Само се тако могу код учесника могу мобилисати мотиви да учествују у игрању улога чије је својство да вежу и сужавају могућности. Тако се учесници подстичу да се у свом понашању свесно или несвесно одричу алтернатива, да и они учествују у догађању којима се редукује комплексност и да коначно пренесу решење у нове ситуације даљег живота, активирајући психичке механизме прилагођавања, док друштво може бити у великој равнодушно према питању који ће од тих механизма одабрати.“⁴⁹⁶

Ни став неучесника није без значаја за легитимацију одлука. Наиме, и неучесници треба да стекну уверење да се све одвијало на поштен начин, да се озбиљно, исправно и мукотрпно тражила правда и да би и они када би било потребно помоћу ових институција добили своје право. Уколико је тај став фактички распрострањен, или уколико се на основу комуникационе ситуације може претпоставити да је распрострањен, онај ко би хтео да се побуне против обавезујућих одлука не може рачунати на подршку других. Његова ће се побуна приписати њему самом и неће се сматрати да су заказале институције. Побуна ће се чинити обликом тврдоглавости, неувиђавности или практично неразумног животног става. У условима овакве интерпретације проблематични се случај не може уопштити већ ће остати за појединца. Како би се поступак отворио за овакво

⁴⁹⁶ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 111.

несаучесничко суделовање публике у њему битно је буде јаван. Потребно је осигурати да и неучесници могу доживети ток поступка. Притом је важна приступачност, а не толико и актуелна присутност, истинско одлажење и посматрање поступка. Одлучно је да постоји могућност за то. Та могућност јача поверење или бар спречава да настане оно неповерење које се ствара око сваког покушаја да се нешто затаји. Функција процесног начела јавности лежи у томе да се створи симбол да се поступак обликује као драма која симболизује исправну и праведну одлуку. За ово није потребно да поступку стално присуствује мање или више велик део становинштва. Довољна је општа и неодређена спознаја да се такви поступци стално одвијају и да се, уколико постоји потреба, свако може о њима информисати. И онако се не може очекивати да је присутна публика могла ефективно контролисати поступак одлучивања или повећати његову рационалност. Тачно је, додуше, да јавни поступак у најповољнијем случају садржи само фрагменте процеса стварања одлуке. Али и то је довољно да би испунио своју симболичко-експресивну функцију, а та је функција битна како би се доношење одлуке легитимисало.⁴⁹⁷

Тако се учествовањем у церемонијалу поступка учесницима постепено одузима могућност да критикују, а и остали се усмеравају у одређене канале. Ово обуздавање критике учесника могуће је, међутим, само под условом да стоји у складу са облицима у којима се решење иначе може критиковати, пре свега са облицима одговорности у хијерархијској организацији одлучивања и у јавности. Кад би, наиме, хијерархијска критика била могућа без сваких граница, учесници би увек нашли нове поводе да у сваком погледу одрже будним своје незадовољство, да га потпирују и уплићу у даљи ток одлучивања. Институција правоснажности, међутим, дефинитивно затвара ту могућност.

3.7. Друга ограничења у поступку

Доследним схватањем начела тражења истине (које подразумева не само то да нико невин не сме бити осуђен, него и то да ниједан кривац не сме остати неосуђен) пред кривични се поступак постављају високи и тешко достижни циљеви. Дакле, чак и када би начело тражења истине подигли на трон пред којим се све друге вредности морају

⁴⁹⁷ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 115.

поклонити, процесна би стварност опет налагала скромност, опрезност и критичност у погледу истине која се у кривичном поступку утврђује. Зато, ма колико било важно, ово процесно начело никада не може важити апсолутно.⁴⁹⁸ Препреке његовој пуној реализацији су бројне и, ако се изузму химере некадашњих совјетских аутора, процесној теорији је одавно јасно да већ само конституисање устаљене процедуре отежава проналажење апсолутне, математичке истине. Други интереси поступка (правна сигурност, заштита права окривљеног и др.) захтевају уступке који се не дају игнорисати. Према томе, и за ово начело мора важити опште правило о ограничавању и компромису кад комплексни захтеви правне заштите траже његово жртвовање. Кад овоме придодемо разлоге субјективне природе који се читавају у несавршености човекових извора и метода сазнања (предубеђења, подложност притиску јавног мњења, попустљивост према разним утисцима са стране и сл.), постаје јасно да је пут до пуне истине закрченији него што то у почетном ентузијазму може изгледати. Евидентно је, дакле, да се идеал тражења истине не сме снабдевати крилима и да га, управо супротно, тековима процесне стварности треба спречавати у летењу и скакању.

3.7.1. Начело диспозиције

Прва ствар на коју се тражење истине спотиче јесу ограничења која проистичу из диспозиције странака. Она су у староевропској правној традицији најјасније препознавана у правилу о везаности суда чињеничним оквиром оптужнице. Ради се, наиме, о логичној и неизбежној последици диференцијације процесних улога. Странка од чије диспозиције зависи покретање поступка овлашћена је да утврди и тему расправљања – предмет спора. Од ње зависи да ли ће поступак покренути, када и о чему. Чињенице које су остале изван међа које је оптужним актом поставио тужилац, неће доћи ни у фокус суда. Тако стварност, пропуштену кроз филтер страначког диспонирања, добијамо у редукованом облику. Ова појава у мешовитом кривичном поступку донекле бива амортизована истражном максимумом, која овлашћује суд да независно од иницијативе и воље странака изводи доказе и утврђује чињенице. Наиме, суд својом активношћу индиректно утиче на тужиоца да оптужни акт прилагођава резултатима добијеним на

⁴⁹⁸ Видети С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, Студентски културни центар Ниш, Ниш, 2012, стр. 91-102.

главној расправи. Али диспозициона максима, која иначе произлази из акузаторског начела, много снажније долази до изражаја у акузаторском поступку. Већ смо спомињали да конфликтни аспект утврђивања чињеница имплицира широку аутономију странака у погледу питања које ће се чињенице утврђивати у поступку и који ће се докази у том циљу изводити. Другим речима, у страначки обликованом поступку доминирају „себични“ импулси странака. Сукобљене стране не стреме исправној него повољној одлуци. Одатле долази слаба страна билатералне методе утврђивања чињеница: неутралне чињенице, за чије доказивање није заинтересована ниједна страна, често остају нерасветљене.⁴⁹⁹ Поред тога, у настојању да обезбеде победу свог сценарија странке често имају интерес да свесно прећуте одређене чињенице. У том контексту тачна је опаска да расправна метода захтева непристрасну тежњу за истином носилалаца супростављених теза.⁵⁰⁰

Још једно ограничење тражењу истине проистекло из диспозиционе максиме огледа се у томе што другостепени суд правилност чињеничног стања испитује само на иницијативу жалиоца, због чега је, у случају жалбе којом се пресуда побија због других основа (а не и због чињеничног стања), везан за чињенично стање утврђено у пресуди првостепеног суда, без обзира да ли је уверен у његову правилност.⁵⁰¹ А и када до тог испитивања дође, то се чини на темељу списа и у одсуству начела процедуралне правде која поспешују правилно одлучивање о чињеничном стању. С обзиром на тако несавршену методу проверавања, постоји опасност да другостепени суд установи да је чињенично стање правилно утврђено и онда када оно то није, односно кад би на основу непосредне оцене доказа дошао до другачијег резултата.

Данас, афирмисањем „савитљиве“ правде коју протежирају разнолики облици страначких нагодби и широка примена начела опортунитета, о чему је већ било речи, ово ограничење је постало суштинске природе.

⁴⁹⁹ Са епистемолошког становишта посматранно, пасивност суда има и друге недостатке. Наиме, људи поседују мање или више лабав и имплицитан каталог информација који условљава њихове различите спознајне потребе. Док надзире извођење доказа судији који се спрема за доношење одлуке се често показује неопходним постављање додатних питања како би нешто правилно схватио. Такву активност много пута налаже и сама динамика главне расправе јер се у току извођења доказа указује потреба за утврђивањем и других важних чињеница које су остале изван интересовања странака а којима се испитује веродостојност доказа којима је утврђено постојање одлучних чињеница.

⁵⁰⁰ М. Дамашка, *О неким учинцима страначки обликованог припремног поступка*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр.1/2007, стр. 10.

⁵⁰¹ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 25.

Да рекапитулирамо. Диспозициона максима представља природну, нужну и (до краја) неотклоњиву препреку верном репродуковању стварности у кривичном поступку, која се у мешовитом типу поступка настоји умањити давањем великих овлашћења суду при утврђивању чињеница. Заступници тезе да суд мора имати право и дужност да утврђује чињенице углавном ударају у исте жице: то намеће одговорност за правилност утврђених чињеница – и ми им се у тим тоновима придружујемо. Управо то оправдава јачање истражне максиме и на главној расправи, без обзира што то за последицу има помало парадоксалну ситуацију: сужавање контрадикторности, принципа на којем је главна расправа пројектована. Остваривање основне функције процеса кроз одвајање кривих од недужних не може се препустити искључиво способности и довитљивости странака. Дакле, из специфичне вредности кривичне ствари излази потреба, јача него у другим поступцима, да се истина јави у пуном, неокрњеном облику, а самим тим и потреба да се на послу прикупљања чињеница ангажује и суд, независно од увек пожељне иницијативе странака. Тек се са оспоравањем аспирација да се у кривичном поступку пронађе истина стварају услови за друкчије размештање одговорности за утврђено чињенично стање и инсталирање механизма *fair* поступка.

3.7.2. *In dubio pro reo*

Већ смо истакли да се дејство начела тражења истине шири у два правца. Императивом да се не осуђују невини штите се интереси грађана, док се захтевом да сваки учинилац кривичног дела буде заслужено кажњен чува општи интерес. У процесној теорији постоји схватање да се начелом *in dubio pro reo* утврђивање истине у првом правцу омогућује у већој мери него утврђивање истине у другом смеру.⁵⁰² Овде је, дакле, место за екскурс о принципу *in dubio pro reo*. Спомињали смо већ да се ради о начелу које надилази културе и епохе. Руководећи се њиме Атена је не само пресудила у корист Ореста, него и убедила гневне Ериније (Фурије) да на крају ипак кажу: “Овог дана рођен је нови ред.” Своју вредност овај принцип морао је доказивати и касније, у борби против

⁵⁰² М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 25.

правне несигурности коју су производили одређени институти инквизиторског поступка,⁵⁰³ када је и дефинитивно правно обликован.

Принцип *in dubio pro reo* представљао је једно од комплексних питања континенталноевропске кривичнопроцесне науке. Спорно је било готово све, чак и само постојање.⁵⁰⁴ Несагласност је постојала и у погледу питања да ли се ради о самосталном или изведеном правилу. Али праву каскаду различитих одговора подстакло је тражење основа овог начела. Тако, *a)* оно се заснива на обичајном праву, *б)* последица је претпоставке невиности, *в)* произилази из саме суштине кривичног поступка, *г)* условљено је начелом тражења истине, *д)* проистиче из правила о доношењу ослобађајуће пресуде, *ђ)* рефлексивна је института *favor defensionis*, итд.⁵⁰⁵ Споран је био и опсег овог правила: *a)* оно се примењује само на чињенице које иду на штету окривљеног, *б)* примењује се само на чињенице које су у корист окривљеног, *в)* распростире се на све чињенице осим оних за које материјални терет доказа лежи на окривљеном и *г)* важи за све чињенице, без обзира да ли су у корист или на штету окривљеног.⁵⁰⁶ Дилема је постојала и око тога да ли се ово правило протеже на све чињенице које се у кривичном поступку утврђују или само на правно релевантне чињенице.

Претенциозно би било да током нечега што је најављено као екскурс понудимо коначна решења ових сложених проблема. Тим пре што се правила *in dubio pro reo* дотичемо у уском контексту разматрања препрека пуној реализацији начела истине. Ипак, да би одговорили на питање да ли се поступањем у корист окривљеног у случају сумње у одређене чињенице угрожава проналажење пуне истине, морамо заузети одређене

⁵⁰³ Наиме, у ситуацији када је сумњао у невиност окривљеног а није имао формалне услове за утврђивање кривице, суд је окривљеног могао “отпустити испод суђења” (*absolutio ab instantia*). То је подразумевало пуштање на слободу, стављање под полицијски надзор, могућност настављања суђења ако се пронађу нови докази и немогућност позивања на приговор пресуђене ствари.

⁵⁰⁴ Тако је Васиљевић у једном моменту порицао постојање начела *in dubio pro reo*: “Увођењем у позитивно право оцене доказа по слободном уверењу судије, ово је правило изгубило смисао и законици га не помињу. Уколико је реч о пресуди, све чињенице на којима она почива морају бити потпуно доказане. Сваку сумњу мора судија да разреши или у позитивном (‘чињеница стоји’) или негативном смислу (‘чињеница не стоји’), и то подједнако вреди за све чињенице, како оне које иду у корист, тако и оне које иду на штету окривљеног. Оцена и једних и других доказа врши се на исти начин, по истим правилима мишљења, истим логичким и психолошким поступком.” (Т.Васиљевић, *Коментар Закона о кривичном поступку*, 1977, цит. према Ђ. Лазин, *op.cit.*, стр. 32.)

⁵⁰⁵ Опширно о томе Ђ. Лазин, „*In dubio pro reo*“ у *кривичном поступку*, Научана књига, Београд, 1985, стр. 31-50.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, стр. 90 – 107.

позиције на правнотеоријској мапи овог појма. Тако се никако не можемо сложити са стајалиштем које пориче да ово правило уопште постоји. У циљу доказивања супротног можемо прихватити аргумент да се принцип *in dubio pro reo* примењује тек пошто је суд извршио оцену доказа на основу слободног уверења па је и поред тога остао у сумњи у погледу постојања одређене чињенице.⁵⁰⁷ Ово је пластично илустровано на примеру наступања застарелости кривичног гоњења у ситуацији када се не може са извесношћу утврдити када је дело учињено – суд ће морати да узме (у корист окривљеног) да је дело извршено пре граничног датума и да констатује застарелост.⁵⁰⁸ Није нам прихватљиво ни гледиште да се правило *in dubio pro reo* заснива на претпоставци невиности, будући да се њиме не може објаснити његова примена на чињенице које се утврђују пре и независно од питања кривице, као и чињенице које се утврђују након што је постојање кривице утврђено.⁵⁰⁹ Идентични приговори вреде и за стајалиште да “то правило долази до изражаја једино у часу доношења пресуде од стране првостепеног суда”.⁵¹⁰ Што се тиче схватања да се ово правило заснива на обичајном праву, да произилази из саме суштине кривичног поступка, односно да је последица начела тражења истине, за њих налазимо да имају исту супстанцију тј. подлогу. Лазин инсистира да правило *in dubio pro reo* нема самостални карактер и да се појављује као логичка последица принципа истине јер се примењује тек пошто суд није успео да утврди истину ни у погледу постојања ни у погледу непостојања неке чињенице.⁵¹¹ Али, зашто суд у тим ситуацијама ради у корист окривљеног? Ни наведено учење не пружа плаузабилан одговор на постављено питање. Грубиша је у један мах сматрао “да се његов основ не налази у одређеној одредби позитивног права...него да тај принцип произлази из суштине односа природе кривичног поступка...Из тог излагања следи да је принцип *in dubio pro reo* једно *опште и самостално правило* кривичног поступка” (курзив наш).⁵¹² Критикујући неодређеност

⁵⁰⁷ Ђ. Лазин, „*In dubio pro reo*“ у *кривичном поступку*, Научана књига, Београд, 1985, стр. 32.

⁵⁰⁸ Видети М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 71.

⁵⁰⁹ Видети Ђ. Лазин, *op.cit.*, стр. 37.

⁵¹⁰ Тако М. Дамашка, *Значење правила in dubio pro reo у позитивном праву*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр.2/1958, стр. 118, цитирано према Ђ. Лазин, *op.cit.*, стр. 49.

⁵¹¹ Ђ. Лазин, *op.cit.*, стр. 45.

⁵¹² М. Грубиша, *Princip in dubio pro reo у теорији и пракси*, ЈРКК, бр.3/1966, цитирано према Ђ.Лазин, *op.cit.*,стр. 59. Грубиша је касније свој став донекле ревидирао: „При том не инсистирамо на томе (јер сматрамо да ту није реч о неком питању од пресудног значаја – са чиме се ми слажемо, прим.С.Д.) проистиче ли принцип *in dubio pro reo* из саме суштине кривичног поступка, како то сматрају једни аутори (*Peters*), или му је основа у обичајном праву, како то сматрају други (*Kern*). Битно је да је реч увек о

овог објашњења Лазин се с правом питао шта је та суштина и у чему се састоји основа овог принципа.⁵¹³ По нашем расуђивању, ово самостално правило извире из правде као темељног појма за којим човек тежи, који надилази културе и епохе, и који као такав припада бащини човечанства. Због те правде, у чијим је темељима налог да се кажњавају само кривци, суд је дужан да у случајевима сумње у одређене чињенице поступа у корист окривљеног. У идеји правде, дакле, садржана је заједничка подлога за сва три последње наведена стајалишта.

Контроверзе су изазивала и питања обима и начина примене овог начела.⁵¹⁴ Неки теоретичари су за решење овог проблема користили парнични механизам сачињен од три правила: *actori incumbit probatio* (терет доказивања је на тужиоцу), *actore non probante reus absolvitur* (ако тужилац не докаже своје тврдње, тужени се ослобађа) и *excipiendo reus fit actor* (приговарајући, тужени постаје тужилац).⁵¹⁵ Међутим, у мешовитом кривичном поступку терет доказивања, барем формално, (никад) није на окривљеном. Чињенице мора да доказује тужилац, и супсидијерно суд. Староевропска процесна теорија је на овај проблем одговорила учењем о материјалном терету доказивања. Формални терет доказивања, истина, не лежи на окривљеном, али је његов фактички интерес да доказује постојање чињеница које му иду у корист очигледан. У погледу тих чињеница важио би материјални терет доказивања. То значи да за њих не би важило правило *in dubio pro reo* односно да би штетне последице њихове недоказаности сносио окривљени. Круг таквих чињеница се ширио односно сужавао, од теоритачара до теоретичара.⁵¹⁶

Према томе, материјални терет доказивања и начело *in dubio pro reo* стоје у односу обрнуте сразмере: што је већи број чињеница за који је терет доказивања на окривљеном то је ужа примена правила *in dubio pro reo*, и обратно.⁵¹⁷ У свом највећем

истоветном принципу и да он произилази увек из исте основе...“ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 74.

⁵¹³ Видети Ђ. Лазин, *op.cit.*, стр. 42-43.

⁵¹⁴ Видети С. Кнежевић, *Примена правила in dubio pro reo у кривичном поступку* у Правни Живот, Удружење правника Србије, Београд, 2004, стр. 729-741.

⁵¹⁵ Тако Glaser, *Zur Literatur der Exceptionen in Strafprozesse*, према М.Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 59.

⁵¹⁶ Објашњавање у појединостима одвело би нас исувише далеко. Илустрације ради, такве чињенице би по неким биле оне које искључују постојање кривице.

⁵¹⁷ Видети Ђ. Лазин, *op.cit.*, стр. 109.

опсегу, који подразумева да се свака сумња у погледу чињеница које се утврђују у кривичном поступку мора одразити у корист оптуженог, правило *in dubio pro reo* потпуно искључује терет доказивања на страни окривљеног. Грубиша је изнето стајалиште овако сублимирао: “Све чињенице што иду на терет оптуженог морају бити с извесношћу утврђене (доказане) а ако се тако не утврде (дакле ако се појави сумња у њихово постојање) узима се да не постоје. Напротив, за све чињенице што иду у прилог оптуженом, ако се појави сумња да би могле постојати, а не успе се та сумња с извесношћу искључити, треба узети да постоје”.⁵¹⁸ Прихватање овог становишта, по нашем схватању, намећу универзални захтеви процедуралне правде.⁵¹⁹

После свега, долазимо до питања да ли је правило *in dubio pro reo* ограничавало проналажење истине у мешовитом кривичном поступку? По нашем суду, да. Овакво резонување има своје критичаре, а аргументи су ови: начело тражења истине подразумева утврђивање истине у свим правцима тј. неутврђивање одређене чињенице не значи уједно и њено непостојање. И непостојање чињенице се мора посебно утврђивати па тек ако се у томе не успе суд може констатовати да је остао у сумњи. Према томе, правило *in dubio pro reo* се примењује тек пошто суд није успео да са сигурношћу утврди било постојање било непостојање неке чињенице, због чега оно не може бити сметња сазнавању истине.⁵²⁰ Ово је у доброј мери тачно. Међутим, оно није свеобухватно јер се односи само на процес доказивања. Шири однос између правила *in dubio pro reo* и начела истине садржан је у питању да ли епилог доказног поступка (одлука) представља веран одраз стварности. У том контексту се принцип *in dubio pro reo* појављује као несумњиво ограничење начелу истине. Јер, подсетимо се, доследна примена овог правила подразумева да се за чињенице које окривљеном иду у корист, ако се појаве као могуће (вероватне) узима да постоје (тј. да су утврђене). На овим чињеницама, иако нису с извесношћу утврђене, темељи се примена закона, управо као да су извесне. А зар то није ограничење пуној, правој истини?

Оно је такво било и у крилу староевропске правне традиције. Стварањем “укрштених” процесних форми “калемљењем” са англо-саским процесним решењима

⁵¹⁸ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 65.

⁵¹⁹ Да се кажњавају криви, а ослобађају невини.

⁵²⁰ Тако Ђ. Лазин, *op.cit.*, стр. 62.

ствар је постала још замршенија. Англо-саксонско право садржину појма *in dubio pro reo* не препознаје под овим именом, али се она практично испољава кроз правила доказног права, пре свега заповест да кривично дело мора бити доказано “изван разумне сумње” (*beyond a reasonable doubt*). То значи да ако је по завршетку доказивања код пороте остала “разумна сумња” у кривицу окривљеног, он мора бити ослобођен. Овакво фаворизовање окривљеног представља, у ствари, примену правила *in dubio pro reo*.

При расправљању о овом проблему не смеју се изгубити из вида те полу-нијансе: перспектива се мења зависно од тога да ли ствар посматрамо из амбијента акузаторског поступка којим доминира страначка иницијатива а поступак бива окончан необразложеним утиском пороте, или из окружења традиционалног мештовитог поступка прожетог истражном максимом и са детаљно образложеном одлуком, или са аспекта “нових” европских поступака у којима је терет доказивања на странкама а бреме образлагања одлука и даље на суду, овог пута пасивног у процесу утврђивања чињеница. Поставља се питање треба ли уопште постојати *in dubio pro reo* у таквим формама. Аутори о њему говоре као да се ништа није променило.

3.7.3. Формалност поступка

Да би обавезујуће одлуке биле прихваћене неопходне су правно регулисане процедуре. Међутим, већ само постојање унапред конституисане процедуре угрожава неспутано тражење истине. Наиме, одређивањем форми у којима се докази имају изводити истовремено се ограничавају или чак затварају извори сазнања чињеница у кривичном поступку. Најилустративнији такав пример представљају *посебне доказне радње* чији су основ велике техничке могућности а границе општеприхваћени стандарди заштите слобода и права грађана. У таква ограничења улазе и одредбе којима се поједини докази искључују (нпр. забрана саслушања одређених сведока, ослобађање неких сведока од дужности сведочења, право сведока да ускрати одговор о појединим чињеницама). У англо-америчком поступку такво дејство имају плодови отровне воћке, који онемогућавају да се у судски поступак инфилтрирају докази произашли из изворно незаконитих доказа.

3.7.4. Правна сигурност

Друштво је приморано да кривичном поступку остави одређено време неопходно за обраду информација. Аутономија система не би била могућа ако би се на сваки надражај у спољим односима одговарало аутоматском реакцијом система. Потребно је, дакле, одвојити инпут од аутпута. Међутим, поступак се не може развличити унедоглед. Друштвена и правна нужност захтевају да у једном моменту исход поступка постане изванредан и стабилан. Ради се, дакле, о сталној напетости између тежње ка правди и тежње ка правној сигурности. Тако долазимо до још једног ограничења суштинске природе које је Луман, видели смо, изразио кроз услов да систем који мора гарантовати да ће сви спорови бити решени не може истовремено гарантовати и исправност решења.⁵²¹

3.7.5. *Reformatio in peius*

Забрана преиначења на горе активира се у ситуацији када је правни лек поднет само у корист окривљеног и штити га од промена на његову штету у другостепеном поступку и, ако жалба успе, на поновном суђењу пред првостепеним судом. Потоњи случај представља извор напетости између могућности да у поновном првостепеном поступку чињенично стање буде другачије утврђено (него што је утврђено у укинутој пресуди) и правила *reformatio in peius*. У погледу тог питања у старијој домаћој теорији искристалисала су се три стајалишта. Према најширем тумачењу ове забране, које су заговарали Бауер и Грубиша, она се односи на сва могућа погоршања до којих би могло доћи на штету оптуженог у односу на одлуку против које је у његову корист изјављена жалба. То значи да су границе утврђивања новог чињеничног стања постављене укинутом пресудом: исход поновног доказивања не може бити утврђивање чињеничног стања неповољнијег за окривљеног од оног које је било утврђено у пређашњој пресуди.⁵²² Друго је схватање садржано у ригидном Перовићевом учењу да се ова забрана односи само на правну квалификацију дела и одлуку о казни. То значи да је у циљу удовољавања захтевима материјалне истине допуштено утврдити и чињенично стање које је неповољније за окривљеног, и следом тога на нову чињеничну основицу применити одговарајућу правну квалификацију и кривичну санкцију.⁵²³ И по трећем, Васиљевићевом

⁵²¹ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992. стр. 38.

⁵²² М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 205.

⁵²³ М. Перовић, *Проблем тумачења и примене забране реформације in rejus*, наведено према М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 205.

мишљењу, забрана преиначења на горе односи се само на правну квалификацију дела и одлуку о казни. Но, по овом учењу „суд слободно утврђује чињенично стање, али утврђено чињенично стање приликом доношења одлуке користи у ограниченој мери, у мери која се не сукобљава са забраном преиначења на горе, и из њега не може да извлачи закључке који доводе до теже одлуке за окривљеног. Суд утврђене повреде закона, односно измењено чињенично стање које не може да узме у обзир код изрицања пресуде због забране преиначења на горе констатује у разлозима своје пресуде, са напоменом да их није могао узети у обзир због забране преиначења на горе.“⁵²⁴

Перовићевом стајалишту Грубиша оправдано импутира да се њиме жалба поднета у корист окривљеног претвара у оружје против њега, помоћу којег ће се у перспективи пресуда изменити на његову штету и тако уклонити пропуст тужиоца који се није жалио.⁵²⁵ Треће становиште се оптужује за хипокризију, а Грубиша то образлаже овако: “Ово стајалиште, да не би морало признати повредивост начела тражења материјалне истине, (што га услед тога у свом обожавању своди на неку нереалну, метафизичку категорију), а затварајући очи пред стварношћу, жели да компромисом између овог начела и забране *reformatio in peius*, сачува ту своју илузију, тј. да то начело сачува од повреде тиме што ће суд бити неограничен у утврђивању чињеничног стања на поновном суђењу, а да ту забрану задовољи тиме што суд, без обзира на чињенично стање кој утврди, неће смети применити строжи закон нити изрећи строжу казну него у пређашњој пресуди. А шта се постиже тиме? Да ‘материјална истина’ у таквој пресуди само формално фигурира без моћи да утиче на судску одлуку, док ће се у новој пресуди примена закона и изречена казна фактички темељити на чињеничном стању утврђеном у прађшњој пресуди. На тај начин деградира се та ‘материјална истина’ на нешто формално, нестварно, симболично и упада нужно у потпуно недијалектички став према којем промена једне појаве не изазива одговарајућу промену других појава што су са њом повезане и од ње зависне.”⁵²⁶

⁵²⁴ Т. Васиљевић, *op.cit.*, стр. 497.

⁵²⁵ Опширно о томе М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 210.

⁵²⁶ *Ibid.*, стр. 215.

Разлози правичности су ти који, по Грубиши, захтевају да се окривљеном пружи сигурност да својом жалбом, коју му је закон дао као средство одбране, неће погоршати властити положај. То је, по расуђивању заговорника првоспеменутог правног схватања, суштина правила *reformatio in peius*. “А кад тако ствари стоје, онда треба ту заштиту, ту гаранцију пружити оптуженом у пуном опсегу. То значи да одлука донета о његовој жалби (односно жалби поднетој у његову корист) не сме *ни у ком погледу односно ни у ком правцу* бити за њега неповољнија од оне што је побија.”⁵²⁷ Јер да није поднео жалбу, одлука би остала недирнута.

Према томе, не може бити сумње да захтев да саме одредбе о поступку оставе потпуно слободан пут сазнавању истине наилази на непремостиве препреке и да се другим, такође неупитним интересима и вредностима морају учинити концесије. *Неизвесност у погледу проналажења исправног решења намеће опрез у конституисању процедуре по којој ће се доносити правно обавезујуће одлуке.* У супротном, кад би достизање исправног решења увек било извесно, поступак би постао ирелевантан.

3.8. Злоупотребе у пракси

На тренутно жалосно стање начела тражење истине утицало је у великој мери провлачење кроз каљугу тоталитарних режима у чијим кривичнопроцесним системима је оно било владајуће.⁵²⁸ Англо-амерички коментатори, не без ликована, примећују да су “најрепресивније режиме у људској историји подржавале професионалне судије од каријере без учествовања лаика и инквизиторски систем у којем је идеологија ‘истраживања истине’ имала предност над бригом за људска права.”⁵²⁹ По дефиницији, судски поступак истински активистичке државе је организован око централне идеје службене истраге и намењен је спровођењу државних програма и политике.⁵³⁰ Парадигму такве државе и права представљају некадашња совјетска држава и совјетски модел судског поступка. “Међу резултатима борби и победа радних људи наше велике

⁵²⁷ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 206.

⁵²⁸ Неки теоретичари своје схватање о неприхватљивости начела тражења истине искључиво везују за његову политичку инструментализацију. Тако Д. Крапац, *Казнено процесно право, Прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 79.

⁵²⁹ С. Таман, *op.cit.*, стр. 362.

⁵³⁰ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт, успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 154.

домовине” – кликће Вишински, Стаљинов тужилац, инспиратор неколико монтираних политичких процеса и један од најзначајних совјетских теоретичара права – “једно од почасних места припада совјетском праву. Оно је снажно оружје у револуционарној борби за социјализам. У двадесет година свог постојања”, подвлачи даље овај аутор, “совјетски су закони служили и служе као средство онемогућавања непријатеља радног народа, одгајања колебљивих чланова друштва и учвршћивања државне и друштвене дисциплине”.⁵³¹ Истом типу припадају и судски поступци земаља које су спадале у совјетски блок, но како су сви они изашли испод истог шињела, овде ћемо пажњу првенствено посветити совјетској процесноправној теорији и пракси.

Кривични судски поступак царске Русије припадао је мешовитом типу кривичне процедуре. На тим је темељима настављена изградња совјетског кривичног поступка. Међутим, специфична идеолошко-политичка клима најодговорнија је за значајне модификације овог поступка. У социјалалистичком систему правосуђе није било посебна и независна грана власти него сегмент државне бирократије чија је сврха спровођење државне политике. Суд је, додуше, орган управљања државом посебне врсте, јер је ослобођен свих врста административних функција и јер је једини орган који остварује функцију принудног васпитавања. Али, “решавајући судска питања - суд несумњиво учествује у управљању државом, решавајући судска питања - суд их решава у складу са задацима државе у целини. Остварујући судску политику, суд остварује општедржавну, а не неку своју политику. И зато је, ето, исправно о суду говорити као о органу управљања државом.”⁵³²

Совјетска процесна теорија је као основни задатак судског поступка поставила проналажење потпуне истине о криминалном догађају. То је могуће само у поступку у којем као врховно делује начело “материјалне истине” и у којем се сва формална ограничења доживљавају као “нужно зло”, због чега се од њих може одступити ако то захтевају “виши интереси”. У том контексту се критикује формализам енглеског процесног права, који често представља “захвално тле да превејани лопови остану некажњени. Правно препредењаштво такве врсте изопачује истинске задатке правде,

⁵³¹ А. Ј. Вишински, *О стању на фронти правне теорије* у Совјетске теорије права, Глобус, Загреб, 1984, стр. 425.

⁵³² Ibid., стр. 446.

пружа широке могућности злоупотребама на тај начин што искоришћава сувише строге формалне законске захтеве против самог закона. Ово и искоришћавају нарочито извежбани у таквој вештини правни мајстори, жонглери правосуђа, који претварају суд у тркалиште и који претварају животну истину у правну лаж.”⁵³³ Још је жешћој критици подвргнута слободна оцена доказа западноевропског континенталног поступка. Стандард “разборитог човека”, на којем почива слободно судијско уверење, у ствари је стандард “разборитог буржуја”. Начело слободне оцене доказа се прихвата, али су његови здрави плодови резервисани за социјалистички поступак. Крајње јемство истинитости, према овој концепцији, увек је исправност идеологије. Совјетски поступак не утврђује апсолутну истину зато што има боља средства и прецизније методе, него зато што у његовој позадини лежи “социјалистичка правна свест”.⁵³⁴

Јасно је да се у описаном амбијенту није могла развити концепција кривичног поступка као спора равноправних странака (државе и појединца). Управо супротно, он је погодовао афирмисању процесних облика који су могли користити као средство за ширење државне политике и морално васпитавање народа. Служећи “материјалној истини”, поступак је показивао велику осетљивост и малу толерантност у односу на препреке које су се уздизале на путу сазнавања потпуне истине. Тако је избегавање дужности сведочења било прописано као кривично дело, док су привилегије несведочења биле постављене врло рестриктивно. Претходни поступак је имао наглашену инквизиторску црту : бранилац се није могао ангажовати све док унилатерално службено истраживање не би дало очекиване резултате. Истрага у совјетском поступку била је, дакле, још свеобухватнија и исцрпнија од, иначе, темељне истраге у традиционалном континенталном мешовитом поступку. Предмет је на главну расправу долазио када се већ формирала увереност у кривицу окривљеног. Снажну брану развијању процеса у правцу конфротације равноправних супарника представљали су прерогативи државног тужиоца. Довољно је рећи да се правни лек на одлуку о покретању истаруге подносио њему, а не суду, као што је то случај у класичном облику мешовитог поступка. Продирање резултата претходног поступка на главну расправу представља опште место у критици континентално-европског поступка. Идеал главне расправе као главног, централног

⁵³³ А. Ј. Вишински, *Теорија судских доказа у совјетском праву*, цитирано према А. Узелац, *op.cit.*, стр. 116.

⁵³⁴ Видети А. Узелац, *op.cit.*, стр. 118.

стадијума поступка у којем до пуног изражаја долазе најважнија процесна начела (контрадикторности, непосредности, усмености и др.) остао је недостижан совјетском праву. Више него игде другде, овде се главна расправа сводила на пуко проверавање резултата претходног поступка. Напори да се досегне апсолутна истина подрили су установу правоснажности, а тиме и правну сигурност. Већ смо говорили о сталној напетости између захтева да се спор оконча и захтева да се пронађе исправно решење. Спецификација у овом другом смеру довела је у совјетском праву до тога да су разлози за понављање правоснажно окончаног поступка били готово идентични разлозима за изјављивање редовног правног лека. У континентално-европској оцени совјетског поступка Дамашка уочава суптилну иронију: “те оцене готово у потпуности пресликавају оцене које англо-амерички правници упућују традиционалном континенталном амалгаму – оцене које правници који у том амалгаму делују одбацују као карикатуру, баш као што су и службеници совјетског правосудног апарата одбацивали оцене континенталних правника.”⁵³⁵

А како је све то изгледало у пракси? Дешавало се да расправни суд избегне доношење ослобађајуће пресуде јер је наводно утврдио постојање разумне сумње у кривицу оптуженог и установио да постоје друге мере предвиђене законом које би се могле применити ради заокружене, потпуне и објективне истраге околности нужних за решавање предмета. На тај начин је, како каже Таман, расправни инквизитор враћао предмет истражном инквизитору кад год је сматрао да нема довољно доказа за осуђујућу пресуду. Враћање ради додатне истраге представљало је разрађени механизам да се предмет додатно припреми или омогући његово “нестајање” без доношења ослобађајуће пресуде. Наиме, такви предмети често су окончавани пресудама за лакша дела или осудом на казну већ покривену притвором, што је резултирало тренутним ослобађањем окривљеног.⁵³⁶ У оваквом понашању неки су теоретичари препознавали фетишизацију трагања за истином.⁵³⁷ Пре ће, међутим, бити да се ради о сврсисходном прилагођавању притисцима система. Наиме, ослобађајућа пресуда не само да је значила стигму за

⁵³⁵ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт - успоредни приказ правосудних сустава*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 206.

⁵³⁶ Видети о томе С. Таман, *op.cit.*, стр.374.

⁵³⁷ Тако И. Б. Михајловскаја, *Sotsialnoe Naznachenie Ugolovnoy Yustitsii i Tsel ugolovnoga Protsessa*, цит. према С.Таман, *op.cit.*, стр.373.

државно правосуђе, него је представљала и увреду најмоћнијег тела у правосуђу, прокуратуре, које је као “чувар законитости” надзирано све истраге.

Совјетски суд представљао је зборно тело (судско веће) састављено од одређеног броја чланова, професионалних судија и грађана – лаика. Лаичко учествовање, међутим, представљало је само фасаду: поротници не само да нису могли надzirати професионалног судију него су у потпуности били под његовим утицајем, због чега су пежоративно називани “климавцима”. Али у истом таквом односу зависности стајале су професионалне судије према партији или другим локалним функционерима (тзв. “телефонски закон”) и моћној канцеларији јавног тужиоца. То је имало за последицу рутинско потврђивање резултата истраге и готово потпуно одсуство ослобађајућих пресуда, упркос томе што је лош квалитет полицијске истражне делатности био универзално препознат. У једном истраживању из 1988. године, од 120 анкетираних судија половина је признала да су у току последњих годину дана партијски или владини функционери покушали да утичу на исход поступка. Нешто раније спроведена студија (1986) наводно је показала да је у СССР-у сваке године око 2500 грађана било неосновано лишено слободе, више од 3000 особа је имало незаконито суђење, а многа невина лица су осуђивана.⁵³⁸ Политика без ослобађајућих пресуда била је *de facto* опортуна. Наиме, судије су биле свесне слабог квалитета прелиминарних истрага, али су једнако биле свесне да ће свака ослобађајућа пресуда бити укинута уколико се тужилац буде жалио. То је у стварности расправни суд претворило у суд за изрицање казни које је унапред одобрио тужилац.⁵³⁹

“Највиши инквизиторски облик доказа је признање окривљеног, прикупљено у тајности од истражитеља, а Вишински и други називали су га краљицом доказа. Руски службеници традиционално су добијали признања коришћењем претњи, психолошких сплетки или чак отворено тортуром, што би тако добијена признања учинило недопуштеним у готово свим цивилизованим земљама. Та се пракса наставља и данас” – сумира овако руски судски поступак Таман – “при чему се до 80% оних којих одбијају да признају кривицу подвргава таквим методама. Практика укључује дављење,

⁵³⁸ Видети С. Таман, *op.cit.*, стр.358.

⁵³⁹ *Ibid.*, стр. 410.

батине, електрошкове, претње и коришћење других затвореника који злостављају осумњичене који не сарађују. Ужасни услови истражног затвора у Русији (које је ЕСЉП осудио као нечовечно поступање) понекад су довољни да наведу осумњичене на признање само како би осигурали премештај у бољи притвор.⁵⁴⁰

На крају ћемо се кратко осврнути на совјетску процесноправну теорију. Јер, јунаци совјетског доба нису и јунаци нашег времена. Научавање теоретичара совјетског поступка, које се данас етикетира као реакционарно и ретроградно, обележено је жигом припадности једном тоталитарном режиму. Али, како смо већ сугерисали, кретања у историји и друштву могу утицати на оповргавање старих схема и подстицање нових анализа. Садашње време, верујемо, омогућује да се без предрасуда, на нов и непристрасан начин сагледа вредност ових учења. Зато ће нас наредни редови задржати на Вишинском, чији нас је либерализам при непосредном сусрету изненадио.

Вишински, наиме, заступа тезу да кривични поступак мора бити такав да осигурава највећу могућност утврђивања материјалне истине. Ово је, признајемо, резонување врло слично нашем. Зато поступак, сматра он, на првом месту мора јаван. Ово је, као што сви знамо, стара и непорецива истина. Вишински такође верује да поступак мора бити изграђен на принципу према којем се окривљени сматра субјектом, а не објектом права, дакле на страначком принципу и принципу једнакости странака. Ово је свакако мисао коју код њега нисмо очекивали. Штавише, он осуђује гледишта која страначки принцип, једнакост странака и јавност раправе не разматрају као правне принципе поступка, него као техничка средства утврђена искуством буржоаских земаља.⁵⁴¹

Овај аутор не критикује само став да окривљеном не треба давати формалне правне гаранције, него и сам страх од формалних правних гаранција. “Основни смер развоја нашег поступка не иде линијом ограничавања или одбацивања *такозваних* правних гаранција, већ, напротив, линијом њиховог проширивања, линијом све веће примене тих гаранција. То је сасвим природно”, уверава Вишински, “јер је погрешно

⁵⁴⁰ С. Таман, *op.cit.*, стр. 378.

⁵⁴¹ Видети А. Ј. Вишински, *О стању на фронти правне теорије у Совјетске теорије права*, Глобус, Загреб, 1984, стр. 459.

мислити да се, тобоже, непријатељ може уништити само ако се одбаци страначки принцип или принцип једнакости странака. Напротив, с гледишта изазивања пажње јавног мњења много је корисније уништити непријатеља на основу поступка у којем је заступљен страначки принцип.”⁵⁴² Вишински с беконовском готовошћу настоји да исправи лажни утисак “о суду као посебном облику обрачуна (с окривљеним, прим.С.Д.). Суд је – суд. Управо зато судски поступак или судска расправа у нашим судовима морају бити отворени, ако у самом закону нису предвиђени изузеци из тога правила, и морају бити повезани с осигуравањем окривљеном права на одбрану. Али право на одбрану ако нема страначког принципа, тј. ако окривљени нема права да се на истим основама као и тужилац брани од изнетих оптужби – јесте фикција. Када би суд био само обрачун, онда у суду не би било места ни страначком принципу ни јавности. Најзгодније је обрачунавати се без икакве јавности, за обрачун није потребан и страначки принцип.”⁵⁴³

Вишински непрестано понавља да јавни процес представља голему снагу у рукама државе. И управо се у развијању ове тезе открива “неуротичност” његове концепције поступка: “Зар је отворени, јавни процес у вези са антисовјетским троцкистичким центром сметао да разоткријемо наше непријатеље, издајнике шпијуне ? Зар није помогао њиховом најнемилосрднијем разоткривању и, на том основу, активирању јавног мњења и јачању бољшевичке будности? Судски је процес помогао да се с тих ниткова скину, стргну маске, помогао је да се виде њихова права лица, да се упознају њихове злочиначке методе и начини борбе са совјетском влашћу и социјалистичком изградњом. Али јавни је судски процес важан и због још нечега. Важан је зато што обично на суду обзнањене чињенице у сећању поштених људи оживљавају аналогне примере, догађаје, појаве, покрај којих су они до тада пролазили не обраћајући пажњу на њих, а који их сада, на основу онога што се на суду разјаснило, присиљавају да на понешто из властите праксе и искуства гледају друкчије, да преиспитају свој однос не само према понечему него и према понекоме. Процес против антисовјетског троцкистичког центра покренуо је у том смислу голем вал друштвене активности. С разних су страна запљуштале вести о различитим чињеницама које се не чине толико сумњивим да би

⁵⁴² А. Ј. Вишински, *О стању на фронти правне теорије* у Совјетске теорије права, Глобус, Загреб, 1984, стр. 463.

⁵⁴³ Ibid., стр. 466.

привукле посебну пажњу. Ви се сећате како се на процесу антисовјетском троцкистичком центру показало да су се троцкисти при преписци служили пошиљкама с ципелама, у које су уметали писма, и пошиљкама с књигама, у чије су корице уметали писма, итд. И ето, после процеса добио сам од једне грађанке писмо у којем ми јавља како јој се обратила познаница, која је у прошлости одржавала везе с троцкистима, и замолила је да њеној пријатељици у иностранству преда ципеле. Ауторка писма пише: прочитавши у новинама извештај о пару ципела с писмом, обавештавам вас о таквом случају са мном и молим да проверите о чему је реч”... То је изванредна чињеница која говори о томе да јавни процес има голему снагу, организује јавно мњење и изазива друштвену будност. Јавни процес учи да треба бити на опрезу, присиљава поштене људе да траже у свом сећању, око себе, није ли било нечег сумњивога, нечег што је можда ишло истим тим злочиначким путем .”⁵⁴⁴

Упркос свему, Вишинскијев је сублимирани закључак нешто с чим се готово у потпуности можемо сложити: “Страначки принцип плус активно суделовање у судској истрази самога суда, на основу јавности и једнакости свих учесника у поступку пред судом и пред законом – то је пут утврђивања оне материјалне истине којој теже, што их и карактерише, истинско правосуђе и истински суд.”⁵⁴⁵ “Истина”, опомиње Вишински, “кривични поступак уз страначки принцип тешка је ствар. Много је теже спровести кривични поступак на тој основи него како друкчије. Кад је окривљени субјект права, како се то каже, кад бесни, бори се, кад се брани, тада је такав кривични поступак теже водити. Много је лакше кривични поступак водити када је окривљени – као у инквизицијским процесима – објект права, када се може мрвити и размрвљивати како се жели.”⁵⁴⁶ Но без обзира на те тешкоће, подвлачи Вишински, кривични поступак “мора почивати на страначком принципу, на начелу јавности и једнакости странака. Погрешно је мислити да је страначки принцип ‘буржоаска предрасуда’. То је исто тако нетачно као што је нетачна Пашуканисова ‘теоријица’ о праву као категорији буржоаског друштва.”⁵⁴⁷

Прихватајући неизоставност страначког принципа, Вишински указује на предности његовог манифестовања у совјетском процесном амбијенту: “У буржоаском се

⁵⁴⁴ А. Ј. Вишински, *О стању на фронти правне теорије у Совјетске теорије права*, Глобус, Загреб, 1984, стр. 462.

⁵⁴⁵ Ibid., стр. 466.

⁵⁴⁶ Ibid., стр. 467.

⁵⁴⁷ Ibid., стр. 465.

суду страначки принцип ослања на строго формалне услове па и сам постаје строго формалан. Ми страначки принцип разумемо друкчије: страначки принцип у совјетском кривичном поступку не искључује иницијативу и активност самог суда. Страначки принцип код нас није једноставно двобој странака, уз пасиван и равнодушан однос суда према тој борби. Страначки је принцип у совјетском поступку средство утврђивања истине у њеном најпотпунијем и најисцрпнијем облику. Ако се предмет свестрано не размотри, не може бити исправне одлуке, као што се не може свестрано размотрити предмет ако се обема странкама, заинтересованим за његов исход, не остави могућност да изнесу суду све што сматрају потребним, све своје аргументе у корист једног или другог стајалишта. Ако предмет није подвргнут разноврсној процени, ако нису одвагани сви разлози за и против, све околности – како оне које терете окривљеног, тако и оне што га ослобађају кривице, и отежавајуће и олакшавајуће – онда нема ни исправне ни уверљиве одлуке.”⁵⁴⁸

Директан сусрет с Вишинским уверио нас је у корисност два мудра савета. Први се тиче опасности да се извесном теоријском концепту суди искључиво на темељу деформитета у пракси или личних особина његовог промотера. У том смислу се критици Вишинскијевог учења умногоме може упутити иста примедба коју је стари Сократ дао свом ученику Критону: „Буди паметан и не води бриге да ли су учитељи филозофије добри или лоши, него мисли на саму филозофију. Настој да је испитујеш разложно и савесно, па ако би била зла, тежи да људе одвојиш од ње, а ако би била онаква какву је ја видим, иди за њом и храбра срца служи јој.“ Друга је поука садржана у следећем исказу: „у сваком човеку“ - примећује Емерсон – „има нешто што за мене може бити поучно, и у томе сам ја његов ученик.“ Потоње се особито односи на следећу тезу Вишинског: „Питања кривичног поступка органски су везана за општа питања права, она су органски везана и за питања материјалног кривичног права. Али са своје стране и материјално кривично право је везано за општу теорију права, и мени се чини да се не могу исправно решавати проблеми поступка ако као подлога томе не служи општа теорија права. Та би се повезаност могла мимоићи...само под једним условом: да се на кривични поступак не гледа као на право, него као на технику. Кривични поступак и кривично процесно право –

⁵⁴⁸ А. Ј. Вишински, *О стању на фронти правне теорије у Совјетске теорије права*, Глобус, Загреб, 1984, стр. 465.

то је право, а није збир техничких правила, рецимо попут правила о кретању возова.... Највећа је мана нас, наставника кривичног поступка и кривичног права то што смо били далеко од опште теорије права, сматрајући да се нас општа теорија права посебно не тиче, да смо ми, ето, процесуалисти, да је наше подручје – подручје процеса и да не морамо забадати нос ни у подручје кривичног права ни, тим пре, у подручје опште теорије права. 'Нека сваки цврчак цврчи у свом пољу.' И догодило се да су се код нас у разним подручјима појавили 'цврчци' који су тако трештали да се у понеким главама све помешало и да је настала голема штета...⁵⁴⁹

3.9. Епилог

Деградирање *истине* у кривичном поступку добрим се делом заснива на погрешном изједначавању *несазнатљивог* у социолошким теоријама сазнања и филозофији са *несазнатљивим* у кривичном поступку. Првоспоменуте су области обузете трагањем за првородним начелом и откривањем крајњих основа ствари. Стога не треба да чуди што нас свака теорија о пореклу света води ка недокучивостима и закључку да се ништа не може сазнати у својој последњој природи. Кривични поступак, с друге стране, припада здраворазумској равни збиље свакодневног живота. Он, према томе, спада у "залиху доступног знања". "Недокучивости" које, пак, производи, детерминисане су простом чињеницом да се у њему утврђује садржај неког прошлог догађаја, те да у тешком послу реконструкције на раполагању најчешће стоје само несигурна и непоуздана средства.

Пре него што ово детаљније објаснимо морамо се још једаред вратити скептицизму као погледу на свет. Јер је, као што каже Хјум, скептицизам болест која се никад не може коренито излечити, већ нам се мора враћати сваког тренутка.⁵⁵⁰ Наговорили смо, међутим, да се са аспекта предмета нашег разматрања и при брижљивијем разлагању, скептичка стратегија претвара у безубог тигра. Наиме, антички пироничари нису практиковали егзистенцијални скептицизам (сумњу о егзистенцији ствари које се налазе пред њима), нити су порицали очигледност захтева практичног

⁵⁴⁹ А. Ј. Вишински, *О стању на фронти правне теорије* у Совјетске теорије права, Глобус, Загреб, 1984, стр. 468-471.

⁵⁵⁰ Д. Хјум, *Расправа о људској природи*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1983, стр.196.

живота. С друге стране, “скептичка аждаја” која се појавила у раној модерној филозофији рођена је у биткама око веродостојности последњих религијских представа. Дobar пример ових ограничених домета скептицизма пружа Спинозина филозофија: у истој мери у којој је био скептичан у вези са религијским сазнајним тврдњама, овај мудрац је био антискептичан у односу на рационално знање. Кривични поступак је пак, како смо сугерисали, *ограничен на стварност света свакодневног живота коју нико не доводи у питање*. Осим тога, “сумњати у све и налазити извесност у самој делатности сумњања, како то захтева ‘нова филозофија што све подвргава сумњи’ није довољно, јер није ли онај који сумња дужан да посумња и у то да сумња? Ипак, нико није ишао баш тако далеко, али то само значи да ‘никад није постојао савршено прави скептик’, не само зато што такав неко потпору налази у уму него зато што га ограничава ‘природа, која подржава немоћни разум.’”⁵⁵¹ Чак и ако човек сумња у постојање кисеоника, он мора да дише. Он може порицати силу теже, али ће и даље морати да хода по земљи. “Сувише знам” – признао је Пјер Бејл, најскептичнији међу скептицима – “да бих био пироничар, и премало знам да бих био догматичар.”⁵⁵² Чак и они који у све сумњају не понашају се у приватном животу као да ништа не постоји и да ништа није извесно. Да скептицизам има и своју веселу и оптимистичну страну показују нам Монтењ и Франсоа де ла Мот ле Ваје. Први је најмање апсолутног увиђао у мерилима лепоте, па је уживао у запажању различитих мишљења међу различитим људима у погледу тога шта чини лепоту код женских груди. Други се, као добар скептик, оженио у седамдесет осмој и умро у осамдесет четвртој години живота.

Стога се слажемо са онима који говоре да су “епистемолошки релативизам – идеја да објективна истина не постоји – и епистемолошки прагматизам – идеја да је истина исто што и употребљивост – блиско повезани са ауторитарним и тоталитарним идејама.”⁵⁵³ Попер то објашњава баш на примеру права: “Веровање једног либерала – у владавину закона, једнакост пред законима, основна права и слободно друштво – *може лако да изађе на крај са признањем да судије нису свезнајуће, да могу да направе чињеничне грешке, и да у пракси апсолутна правда никада није у потпуности остварена у*

⁵⁵¹ Х. Арент, *Живот духа*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 418.

⁵⁵² Цит. у Р. Попкин, *op.cit.*, стр. 355.

⁵⁵³ К. Попер, *op.cit.*, стр. 37.

неком појединачном судском случају. Али вера у могућност владавине закона, правде и слободе, тешко да ће се одржати усвајањем једне епистемологије која учи да нема објективних чињеница, и то не само у неком посебном случају већ у сваком могућем случају; епистемологије која подучава да судија није могао починити фактичку грешку будући да он у погледу процењивања чињенице може бити у праву колико и у заблуди (курзив наш).”⁵⁵⁴

Вратимо се, дакле, прозаичној сфери здраворазумског знања о свакодневном животу којој припада друштвена пракса правосуђа. Тешкоће утврђивања истине у судском поступку, рекли смо, у првом реду су везане за тешкоће што их носи реконструкција неког прошлог догађаја. Али, замислимо ситуацију у којој би суд уживо посматрао извршење кривичног дела, или пак ситуацију у којој би свака преступничка активност била аудио и видео регистрована. *Несазнатљиво у кривичном поступку* постало би тада сазнатљиво (док би, разуме се, последња природа света и даље остала *несазнатљива*). У том случају би, заједно са судом, били принуђени да прихватимо идеју објективне истине, тј. истине као коренсподенције са чињеницама и да на питање шта је *критеријум* такве истине, одговоримо : здрав разум одраслог будног човека. Осим тога, ми се слажемо са Попером да је раширена догма да задовољавајућа теорија истине треба да доведе до крититеријума *истинског веровања* – веровања које је добро-засновано или рационално – дубоко погрешна.⁵⁵⁵ Субјективне теорије, спомињали смо већ, подразумевају “да постоје неки више или мање ефикасни критеријуми добре заснованости, макар они били и делимични; неки симптоми помоћу којих се диференцира искуство добро заснованог веровања од других искустава веровања. Може се показати да све субјективне теорије циљају на такав критеријум: оне покушавају да дефинишу истину у смислу извора или порекла наших веровања, или с обзиром на наше операције верификације, или с обзиром на неки скуп правила прихватљивости, или једноставно с обзиром на квалитет наших субјективних убеђења. Све оне више или мање тврде да је истина оно за шта постоји оправдање у веровању или прихватању, у складу са извесним правилима или критеријумима о пореклу или изворима наших знања, његове поузданости, стабилности, његовог успеха, његове

⁵⁵⁴ К. Попер, *op.cit.*, стр. 38.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, стр. 329.

јачине убеђења, или неспособности да се мисли другачије.”⁵⁵⁶ Међутим, теорија објективне истине води, по Поперу, другачијем ставу. Он се огледа у томе да она допушта да је нешто истинито чак иако нико не верује да је то истина, као и да је нешто лажно чак иако имамо сразмерно добре разлоге да то узмемо за истину.⁵⁵⁷

Према томе, не може бити сумње шта је, и шта мора истина бити у судском поступку. Међутим, пошто се у процесу реконструише садржај прошлог догађаја, при чему на располагању не стоје само сигурна и поуздана средства, судови су приморани да се неким другим теоријама истине (пре свега теоријом кохеренције, која конзистентност узима за истину) користе као *средством* за тражење *објективне истине*. Потпуно је нормално да се судови у одлучивању поведу за уверењем које најбоље пријања уз читав низ других, међусобно конзистентних уверења и ставова. У том смислу није без основа ни примедба да се “истина” *конструише* у судском поступку. Много пута се, наиме, догађа да се најкохерентнијом од свих теза (преточеном у одлуку), која логично произилази из извора сазнања доступних конкретном поступку, *конструише стварност* потпуно различита од истинске стварности тог догађаја. Међутим, то не значи да не постоји истинита верзија конкретног догађаја. То, такође, не значи да за таквом верзијом не треба или не вреди трагати. Јер, “само идеја истине је оно што нам допушта да смислено говоримо о грешкама и о рационалној критици, и оно што омогућује рационалну дискусију – то јест, критичку дискусију у трагању за грешкама, са озбиљним циљем да у највећој мери те грешке одстранимо, да бисмо доспели ближе истини. Стога сама идеја грешке – и погрешивости – укључује идеју објективне истине као стандарда, кога можда нећемо досегнути.”⁵⁵⁸

Напред изложено ћемо илустровати на једном *истинитом примеру*. Наиме, А. је са једном лизинг кућом склопио уговор о лизингу путничког возила. После одређеног времена - што због неповољне опше економске ситуације у земљи, што због своје склоности беспосличењу – А. није био у стању да испуњава престацију из закљученог уговора. На ум му је пала спасоносна идеја – јер А. је, пропустили смо да напоменемо, оштроуман – да симулира саобраћајну незгоду и тако под повољним

⁵⁵⁶ К. Попер, *op.cit.*, стр. 330.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, стр. 330.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, стр. 336.

условима исходи раскид уговора у лизингу. Операционализацију идеје поделио је са својим добрим другом, још бољим ауто-механичаром Б. Задатак потоњег је био да оригиналне делове из аута (укључујући и детаље као што су ваздушни јастуци) замени истим таквим старим, половним деловима. Не треба напомињати да је Б. мајсторски део посла мајсторски обавио. За реализацију плана изабрали су одличан тренутак : непосредно после помпезно објављене вести о откривању великог броја превара у осигурању тј. симулованих саобраћајних незгода какву су и они планирали. Јер, ко је толико луд да уради баш то о чему брује сви медији?! А. и Б. су позвали још два пријатеља, Ц. и Д., који ће играти улогу путника у ауту. Ц. је пратила срећна околност да је, вече пре овог догађаја, на тренингу (Ц. је џудиста) истегао мишић десне надлактице (којом се, испоставиће се, у моменту незгоде држао за рукохват изнад задњег седишта аута). Једног зимског дана, у раним вечерњим часовима, актери ове приче одлучили су да план спроведу до краја. Б., аутомеханичар, управљао је возилом које је требало слупати. Остала тројица су га безбедно пратили у другом возилу. После извесног периода вожње, 10-15 минута, не више, Б. је близу једног кружног тока угледао бетонску бандеру – идеалну за оно што је наумио. На улици није било никог. Б. се упутио ка споменутој бандери и крећући се брзином од око 70 км/х ударио у њу. Заправо. Ауто је био потпуно слупан (излетели су ваздушни јастуци), чуо се јак тресак и у неколико кућа је нестало електричне енергије. Један човек из комшилука је, чувши тресак, изашао на улицу и нудио се да помогне младићима који су сада, већ сви на окупу, јаукали од болова. А да, заборавили смо рећи да је Б. умеђувремену оним другим аутом отишао са места “несреће” и за петнеастак минута, отприлике кад и полиција, поново дошао на лице места као лице које ће одшлепати слупано возило. Неко је звао и хитну помоћ, па су повређени превезени у амбуланту где су им констатоване лаке телесне повреде. Једном је стављена и “шанцова крагна”. Полиција је извршила увиђај, сачинила о томе записник и против А., који се представио као возач, поднела кривичну пријаву због сумње да је извршио кривично дело угрожавање јавног саобраћаја из чл. 289.ст.3. КЗ. А. је потом тражио раскид уговора о лизингу: Лизинг кућа му је, пошто су њени вештаци прегледали ауто, то омогућила и тако слупани аутомобил продала за неку симболичну цену. Б. је, опет мајсторски, слупане делове заменио оним оригиналним, скинутим, и ауто направио “као нов”. Ц. и Д. су од осигуравајуће куће наплатили нематеријалну штету. И тако је ствар легла. Привремено.

Наиме, наши су јунаци у извесним тренуцима и хвалисавци, па су с времена на време овај догађај препричавали као веселу анегдоту. А пошто је свет мали, за то је дочула полиција. Аутомобил је привремено одузет од А., а против све тројице је поднета кривична пријава због сумње да су извршили кривично дело преваре у осигурању из чл. 208а. КЗ. Тако су се поводом истог догађаја пред истим судом повела два судска поступка. Али, процесе су иницирали различити заменици јавног тужиоца, а по њиховим захтевима није поступао исти истражни судија. У поступцима је коришћено стручно знање различитих саобраћајних вештака. Све у свему, нико осим осумњичених није знао за “онај други” предмет. У процесу у којем је протежирана оптужна теза да је А. скривио саобраћајну незгоду у којој су сапутници претрпели штету, саобраћајни вештак уопште није довео у питање постојање удеса, чак је пронашао и брзину којом се возило кретало. У поступку пак, који је полазио од тезе да је незгода симулирана тако што је на другом месту слупано возило дошлепано до наводног места удеса и тамо прислоњено на бандеру, саобраћајни вештак је закључио да нема довољно података да се егзактно изјасни о задатку вештачења, али је благо сугерисао вероватност оптужне тезе (јер наводно на бандери нису нађени трагови боје и сл.). Углавном, нико није ни помислио да се заиста ради о режираној саобраћајној незгоди, али и да је аутом управљао возач који је заиста ударио у бандеру. Описани случај је одличан пример како се у различитим поступцима поводом истог догађаја конструише различита стварност тј. истина. То је уједно и пример неизоставног коришћења кохеренције у судском одлучивању. Такође, њиме се показују све тешкоће тражења истине у судском поступку. Али, да објективна истина не постоји, и да стварност свакодневног живота није могуће сазнати, истинита верзија овог догађаја не би се могла наћи ни у овом раду.

На крају закључујемо: ма колико оправдана и умесна, критика начела тражења истине не може за последицу имати његову потпуну негацију. И поред свих примедби које се могу упутити, не може бити ни говора о његовом одбацивању. Према томе, судбина начела тражења истине још није запечаћена.

VI. ПРАВДА У НАШЕМ ДОБУ: ПЛИТКИ ТЕМЕЉИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

1. Правна акултурација: донети у кривичном поступку

Опис с којим смо започели овај рад опис је појаве која се у правној социологији назива *правна акултурација*. Под акултурацијом се, иначе, подразумева свако калемљење једне културе на другу.⁵⁵⁹ “*Културни контакт*, који се понекад користио” – објашњава Карбоније – “био би мање значајан: контакт се може успоставити без пенетрације; дакле, ако две културе долазе у контакт једна с другом, а да се не мешају, нема још акултурације.”⁵⁶⁰ У уводном поглављу смо дали опис правне пенетрације која се у наше доба може посматрати *in vivo*. По нашем суду, међутим, није довољно само пасивно регистровати правне појаве. Јер, као што Вергилије каже, *felix, qui potuit rerum cognoscere causas*. Зато нас на првом месту интересује какве су шансе да калемљење англо-саксонских изданака⁵⁶¹ на стабло континенталноевропског поступка буде успешно. Многи социолози *a priori* сматрају да акултурација никада не може дати потпун успех. Они се при том, да наставимо с истом метафором, држе следећег резона: тешко оној биљци чији генетски програм није усклађен са географском ширином њиве на којој је посејана! Јер, “ако је све детерминисано друштвеном средином, нема пресађивања изван друштвене средине које не би било авантура и које не би, у сваком случају, морало имати као резултат деформацију пресађеног елемента.”⁵⁶²

Ипак, прошлост нуди доказе који оспоравају априоризам и шематизам у постављању и решавању питања правне акултурације. Као примере успешног пресађивања Карбоније апострофира уговор о осигурању и акционарско друштво,

⁵⁵⁹ Ж.Карбоније, *op.cit.*, стр. 192.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, стр. 192.

⁵⁶¹ Иако сматра да при опису правне акултурације ништа није баналније од биолошких метафора, Карбоније их, ваљда увиђајући да су најподесније, и сам користи.

⁵⁶² Ж.Карбоније, *op.cit.*, стр. 197.

установе које без видљивог мењања функционишу у исламским земљама. С друге стране он подсећа да је Наполеонов законик из Италије протеран заједно с Французима, а да се председнички режим, који је из САД пренет у земље Латинске Америке, тамо претворио у сопствену карикатуру.⁵⁶³ Карбоније стога у односу на ову појаву заговара неку врсту стоичког компромиса: правну мешавину је довољно констатовати, док је свако истицање похвала и укора депласирано. Као што, на пример, историчар равнодушним погледом посматра вулгаризацију римског права. Овакав став, по њему, нарочито треба задржати у ситуацијама када је акултурацијом захваћен читав правни систем, јер тада “она носи ону аморалност коју треба признати великим историјским променама.”⁵⁶⁴

Много делатнији приступ проблему правне акултурације имао је Цереми Бентам. Могуће је, не без ироније примећујемо, да је једини узрок томе што се радило о трансплатацији англо-саксонског права у далеке колоније. У сваком случају, он уочава проблем и поставља питање: како ће се систем права који је установљен у Енглеској прилагодити Бенгалу? Након тога, Бентам је приступио разради читовог низа утилитаристичких максима погодних за извођење трансплантације. Пошто је корисност мерљива, законодавац који је узима за правило пристаје на квантификацију. Зато од апстрактне вредности реформе, сматра Бентам, треба раздвојити незадовољства које она ствара. При томе треба имати у виду број незадовољних, њихов степен моћи, јачину незадовољства сваког појединца, трајање незадовољства и др. Из овога је изашла читава аритметика законодавне психосоциологије која је доцније обилато коришћена при састављању закона за Индију.⁵⁶⁵

Овде се треба дотаћи и често занемариваног питања последица које правна акултурација има на појединце. Наиме, према једном социолошком стајалишту права акултурација није могућа уколико личност појединца није промењена изнутра. На подручју правне акултурације ова би теза била од значаја само под условом да се прихвати

⁵⁶³ Негативне утицаје правне акултурације Карбоније примећује и у балканским земљама на крају деветнаестог века. На овом примеру он апострофира значај *споредних ефеката*, који се шире на целину друштвеног тела примаоца. Наиме, кодификација која је подражавала западноевропску, натопљену либералним и индивидуалистичким духом, слабо је одговарала још патријархалним обичајима и навикама ових земаља. Или одређеније, правном акултурацијом је у конкретном случају уведена клица смрти у традиционалне породичне заједнице.

⁵⁶⁴ Видети Ж. Карбоније, *op.cit.*, стр. 197-198.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, стр. 76.

став да национални правни систем доприноси обликовању психологије једног народа. Уз ту претпоставку, нормално је очекивати да ће се увоз страних институција увек изражавати извесним променама у менталним ставовима староседелаца. Као пример трауме која је на граници драме, Карбоније наводи француску кампању у својој колонији, муслиманском Алжиру: прихватање француског држављанства - које је значило напуштање куранског закона, усвајање грађанских институција и судске надлежности по француском праву – муслимани су доживљавали као потпуно одрицање од свог идентитета.⁵⁶⁶

Можемо, дакле, закључити да допадљивост којом правна решења маме у домицилном правном систему не представља довољну гаранцију за њихово успешно функционисање у земљама дестинације, особито кад је повољан утисак стечен једино са нормативноправног аспекта. Премештена у друге друштвено – економске услове, друкчије од оних у којима су тако добро успевала, она губе лепоту и драж и показују се тек у смежураној апстрактности. Но, тиме још нисмо одговорили на питање може ли пресађивање англо-америчких процесних решења у континенталноевропско право бити успешно. Јасан одговор на ово питање, по нашем суду, произлази из разматрања садржаних у трећем поглављу овог рада. Генеалогичка која смо тамо пратили осенчила је болан раскол између два типа процедуре, из којег се лако може извући закључак о трајној процесној неупарености два система.

Ако само крајичком ока осмотримо практичне последице акултурације, морамо закључити да мешавина која настаје представља блок пун напрстина. Демонстрираћемо то на неколико различитих примера. С обзиром на респектабилну временску дистанцу од трусних промена, италијански процесноправни систем представља својеврсну лабораторију за испитивање последица конфликта између пресађених решења и наслеђених тековина. Пример Италије је, у ствари, најбоље потврдио да у историји има врло мало пречица. Наиме, радикалне су промене произвеле жестоко трвење између пресађених идеја и традиционалног наслеђа. Јаз између нових процесних правила и стварности кривичног правосуђа језгровито је оцртан у наслову једне стручне критике: „Акузаторност на речима, инквизиторност у срцу.“ Описаном сукобу, поред

⁵⁶⁶ Ж. Карбоније, *op.cit.*, стр. 197-198, стр. 199-200.

традиционалних представа процесних учесника о циљевима процеса и процесним улогама, погодовао је и непромењени институцијски миље италијанског кривичног правосуђа.⁵⁶⁷ После свега, општа је оцена да садашњи облик италијанског кривичног поступка представља резултат компромиса, створеног на лабилној равнотежи између „старог“ и „новог“. Италијански поступак би, метафорично, могли представити као сиромашног англо-америчког рођака. Ова медитеранска бура снажно је упозорила да упоредо са променама и новинама опстају и многе старе вредности и уверења, стварајући „ишчашене“ процесне структуре које по свом квалитету заостају за чистим облицима од којих потичу. Она је такође потврдила да континенталноевропско процесно биће, чији су дух и карактер брижљиво изграђивани кроз време, тешко прихвата англо-америчка „антитела“ као терапију. Стога можемо дати за право теоретичарима који сматрају да се промишљена парцијална реформа кривичног поступка, којом би се афирмисале само оне адверзијалне форме чије деловање не разара ткиво тог организма, показује далеко срећнијим избором од операционализације уверења која у инсталирању англо-америчког акузаторског модела виде универзално средство за лечење свих болести континенталног поступка.⁵⁶⁸

Други пример је из последњег домаћег закона о кривичном поступку, који је правној акултурацији даметнуо још једну комичну фусноту. Наиме, и српски се законодавац определио за јавнотужилачки модел истраге, концепт који се на континенталном правном подручју тренутно најчешће протежира и чију парадигму представља немачки модел претходног поступка. Са ширењем јавнотужилачке истраге у општој конфигурацији кривичног поступка издиференцирала су се два основна облика: први, када се на тужилачку истрагу надовезује традиционална главна расправа мешовитог типа и други, када њену надградњу представља адверзијално уређена главна расправа.⁵⁶⁹ У првој ситуацији, својственој немачкој процедури, суд својом активношћу на главној расправи колико-толико одржава грубу равнотежу између странака. С том повољном

⁵⁶⁷ Види М. Дамашка, *Судбина англо-америчких процесних идеја у Италији*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, бр.1/2006, стр. 3- 15.

⁵⁶⁸ В.Ђурђић, *Компаративноправна решења о претходном кривичном поступку и њихова имплементација у српско кривичнопроцесно законодавство*, Ревиија за криминологију и кривично право, Београд, бр.1/09, стр. 41.

⁵⁶⁹ Ова диференцијација је, по нама, од кардиналног значаја. Јер, ако је и истина да се за моделирање претходног и главног поступка не мора користити исти калуп, одређени се степен кохеренције и конзистентности процесних етапа ипак мора обезбедити.

предрасудом о објективном тужиоцу везаним начелом легалитета и главном расправом која суду оставља пуну иницијативу у процесу формирања чињеничне грађе, кривични поступак још колико – толико задржава складну структуру. Заједничке тежње државних органа да у поступку верно репродукују стварност, макар биле и декларативне, представљају копчу која повезује јавнотужилачку истрагу и традиционалну главну расправу мешовитог типа. Према томе, инквизиторска нит испољена у настојању да се по службеној дужности стара и о интересима одбране, све у циљу утврђивања *истине*, барем привидно обезбеђује органско јединство истраге и главног поступка. Незгоде које са собом носи овако организована процедура (о којима смо напред опширно говорили), још се више заплићу са бизарним комбиновањем јавнотужилачке истраге и адверзијалне главне расправе. То значи да је истрага устројена као једнострана службена делатност тужиоца, а да је главна расправа замишљена као конфликт равноправних странака. Читава концепција дакле почива на дуалистичкој природи јавног тужиоца од којег се очекује да своје диспаратне процесне функције помири невероватном способношћу трансформисања од некакве „парастранке“ претходног поступка (која истражује у интересу истине) до агресивног заступника интереса кривичног прогона. Истрага у Србији, међутим, осим што је тужилачка, она је и полицијска и страначка и судска.⁵⁷⁰ Интегрисана је у судски поступак, па чак и њени полицијски докази имају потенцијалну вредност на главној расправи. Апсурдност ситуације у којој би једна странка (државни службеник) изводила доказе који би доцније вредели на главној расправи не треба нашироко објашњавати. То је тако красно бесмислено као у оним Ибсеновим метафорама о „сови која се уплашила мрака“ и „риби која се воде бојала“. Унапређење тужиоца у „господара“ претходног поступка, уз задржавање схватања о континууму истраге и главне расправе, у колизији је и са теоријском дефиницијом кривичног поступка. Наиме, у кривичнопроцесној науци је општеприхваћено да се кривични поступак дефинише као процесноправни однос који настаје, тече и окончава се између процесних субјеката (суда и странака) у циљу правилне примене кривичног закона на ствар која је предмет поступка.⁵⁷¹ Док нема таквог односа

⁵⁷⁰ В. Ђурђић, *Редефинисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010*, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2, 2010, стр. 8.

⁵⁷¹ *Ibid.*, стр. 6.

нема ни кривичног поступка, па претходна истраживања странака (или једне странке) не могу бити више од фазе кривичног поступка *схваћеног у ширем смислу*.⁵⁷²

Поуздан знак победе прагматизма над принципима представља споразум о признању кривице, и у том смислу ова установа има монументално значење. Нешто раније смо закључили да страначке нагодбе нису чедо акузаторског поступка, него „улез“ који се најпре тамо појавио. Разлог ранијег присуства у англо-америчком поступку јесте већа способност овог типа процеса да „изађе у сусрет потребама времена“. У атмосфери апотеозе тржишних односа ова „правна мењачница“ је логично постала централна процесна форма. У „староевропском“ поступку пак, на чија ће нас својства подсетити језгровита формула „*judex cum sedebit quique ladet adparebit, nil inultum ramanebit*“,⁵⁷³ владали су мање порозни принципи. Страначке нагодбе теже је инсталирати у поступак изграђен на идеји да се пресуда доноси након што је догађај о којем се суди истинито реконструисан у доказном поступку. О субверзивном дејству ове установе сведоче већ аргументи којима се оправдава њена примена. Једни је, сетимо се, објашњавају аутономијом воље, по аналогiji са слободом уговарања која влада на тржишту. Неки други оправдање изводе из релативизма и скептицизма: пошто је права истина недокучива треба поспешивати процесне форме које омогућавају свима прихватљиву одлуку. Дамашка исправно примећује да процесна асиметрија преговарача у кривичном поступку квари аналогiju са једнаким позицијама уговарача на тржишту, те да је појам „прагматичке истине“ у оштрој супротности са друштвеном праксом правосуђа која јасно разликује појмове истинитих и споразумних тврдњи. На крају, он констатује да у западној цивилизацији слаби осећај за казну као императив праведности и оштроумно закључује да је најуверљивије оправдање страначких нагодби у кривичном поступку њихова практична корисност.⁵⁷⁴

Импулс прагматизма индукује прогресију опортунитетског гоњења којим се некада јасна граница између материјалног и процесног кривичног права све више замагљује. Наиме, инсистирање на обавезној примени начела опортунитета за одређену

⁵⁷² В. Ђурђић, *Кривично процесно право – посебни део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2011, стр.44-45.

⁵⁷³ Судија је заседао, па је искрнуло све што је било сакривено, и ништа није остало некажњено.

⁵⁷⁴ Видети М. Дамашка, *Напомене о споразумима у казненом поступку*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2004, стр.15-18.

категорију кривичних дела отвара питање оправданости егзистирања ових инкриминација у кривичном закону. Овај проблем постаје сразмерно комплекснији ако се прихвате тезе да систематски и доследно спроведена декриминализација представља средство растерећења кривичног правосуђа, те да се границе кривичноправне заштите пре свега имају одредити кривичним материјалним а не процесним правом.⁵⁷⁵ „Да ли неко понашање у конкретном случају представља кривично дело и да ли ће због њега бити примењена казна или нека друга кривична санкција требало би да зависи“ – сматра Стојановић – „од кривичног права, а не од тога која ће форма кривичног поступка бити примењена.“⁵⁷⁶

Једнаку дезоријентисаност можемо срести и у јуриспруденцији. Еклетантан пример пружа Крапчево учење. Заслепљен одбојношћу према декадентном наслеђу „социјалистичког“ мешовитог поступка, овај аутор *начело тражења истине* из савременог кривичног поступка протерује као неприхватљиво и место стожерног принципа додељује *начелу правичног поступка*. Упркос овом експлицитно изнетом ставу он на многим местима остаје везан староевропским схватањем легитимитета у чијем је средишту било уверење о исправности (истинитости, преведности) садржаја одлука. Тако он и даље тврди да је „исправност резултата кривичног поступка тј. правилност одлука о његовом главном питању кључни елемент за њихово конститутивно прихватање од чланова друштвене заједнице (легитимитет).“⁵⁷⁷ И опет на другом месту: „Кривично процесно право мора дакле системски прописати низ норми поступања којима ће омогућити доношење материјално исправне пресуде, али само на начин којим се истовремено штите људска права.“⁵⁷⁸ Концепцијска недоследност је очита. Јер, видели смо, поступак схваћен као спор странака легитимитет црпи из фер процедуре и једнаких шанси да се постигну повољне одлуке. Овај концепт, према томе, у процедурама препознаје једну врсту општег признања које је независно од тога колико задовољава поједина одлука, а његова последица (тог општег признања) јесте да се обавезујуће одлуке прихватају и поштују.

⁵⁷⁵ Видети З.Стојановић, *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције* у Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања, Београд, 2009, стр. 15-38.

⁵⁷⁶ Ibid., стр. 22.

⁵⁷⁷ Д.Крапац, *Казнено процесно право, Прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 23.

⁵⁷⁸ Ibid., стр.140.

Један тип поступка пропада када пропадну његови принципи, и то се очигледно види на примеру мешовитог кривичног процеса. Чињеница да два обрасца могу трајати један поред другог, истовремено прихваћени, али логички у нескладу, додатно погоршава ствар. Зато, по нашем суду, правна акултурација коју посматрамо може бити успешна само уколико се на континенталном правном подручју безусловно прихвати *концепција поступка као спора странака*. А то подразумева више од простог теоријског обрасца: прихватање традиције настале из острвске географске и психолошке изолације као своје, као и идентификацију са процесним механизмима насталим вековним наношењем садашњег на прошло у једном потпуно другачијем културном и правном окружењу.

2. Више од процедуре

После екскурса о правној акултурацији можемо се окренути давању одговора на централно питање: може ли се кривични поступак оправдати само из процесне перспективе тј. начином на који се одлуке доносе, независно од материјалног права тј. онога што одлуке садрже?

Спомињали смо већ како појава да средство (процедура) има тенденцију да постане само себи сврха представља најважније обележје модерног кривичног поступка. Такво схватање, по којем се легитимитет одлука задобија процедуралном коректношћу, сијамски је близанац релативности. Услед неспособности да осигура извесност, судски се поступак ограничава на обезбеђивање једнаког третмана странака и успостављање равнотеже процесних изгледа за успех. Другим речима, пошто истина може остати недостижна, судски процес у најбољем случају треба да омогући непристрасно пресуђивање. У складу с тим, непристрасност се претпоставља тачном исходу а материјална правда редукује на процесну правденост. Овакво схватање наводно подржава индивидуалну слободу која је кључни појам европског новог века. Тако испада да поштовање индивидуалне слободе почива на неспособности да се достигне извесност.⁵⁷⁹

⁵⁷⁹ Овакав закључак, видели смо раније, извлачи и Раз, оштро критикујући концепције које се заснивају на склоности ка скептицизму и погрешивости.

Поступак који остаје на равни процесне праведности Дамашку подсећа на расправу у дебатном друштву у којем се пресудитељ, незаинтересован за исправан одговор на питања о којима се расправља, без икаквих страсти усредсређује на уверљивост дебатних противника.⁵⁸⁰ Склоност релативизму, заједно са упражњавањем дијалектике и еристике, природно ствара жељу да се успе, без много обзирања на истину или правду. Овај проблем, о којем је још Протагора говорио, најбоље илуструју Цицеронове говорничке мајсторије у којима су поротници и публика просто уживали.⁵⁸¹ Али како то изгледа истинољубивом, невино оптуженом, објаснио нам је Сократ одмах на почетку своје одбране: “Какав су утисак, грађани атински, учинили на вас тужиоци моји, то ја не знам. Ја, ево, од њихових беседа готово не познајем сам себе: тако су убедљиво звучале њихове беседе. Па ипак, рекао бих, никакве истине нису казали.”⁵⁸²

Једно од чврстих упоришта надлазеће “легитимације кроз процедуру” представља Луманова *теорија система*. “Кад социјални систем друштва” – каже Луман – “достигне високу комплексност и варијабилност, тада се легитимација политичке моћи не може више препустити моралу који себе представља као нешто природно, него је треба постићи у самом политичком систему.”⁵⁸³ Модерно друштво, по Луману, састављено је од релативно самосталних посебних система (економија, наука, право и др.) који се потчињавају сопственој функционално специфичној нормативности. У таквом амбијенту нема места за нормативност која је функционално неспецифична (морал). Алудирајући на Милтонов еп *Изгубљени рај*, Луман објављује да је морал за савремено друштво постао изгубљена парадигма.⁵⁸⁴ Нишанећи морал, Луман гађа и правду. Он проповеда, како каже Хефе, једну “теорију правде без правде”, која правду оставља на техничком ступњу вредновања: “добро за нешто (или за било шта)”, лишена сваке аутентичне моралности.⁵⁸⁵

⁵⁸⁰ М. Дамашка, *Лица правосуђа и државна власт – Успоредни приказ правосудних система*, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008, стр. 106.

⁵⁸¹ Сачувано је педесет седам Цицеронових говора пред судом. Ти говори не претендују на поштење; одликују се ватреним приказивањем једне стране теме или личности, забављањем слушалаца хумором и анегдотом, привлачењем пажње на предрасуде и осећања, беспопштедним раскринкавањем стварних или измишљених грешака противника, вештим скретањем пажње са неугодних тема, бујицом реторских питања смишљених да одговор буде тежак или штетан.

⁵⁸² Платон, *op.cit.*, стр. 134.

⁵⁸³ Н. Луман, *Легитимација кроз процедуру*, Напријед, Загреб, 1992, стр. 45.

⁵⁸⁴ Видети N. Luman, *Paradigm Lost: On the Ethical Reflection of Morality: Speech on the Occasion of the Award of the Hegel Prize 1988*, Thesis Eleven 29, 1991, str. 82–94.

⁵⁸⁵ Више о томе О. Хефе, *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад, 2008, стр. 28-36.

Ми, међутим, темеље кривичног поступка полагамо дубље и чвршће и, заједно са Исаком, откопавамо затрпане студенце.⁵⁸⁶ Угаони камен нашег здања чини уверење *да је право воља за правдом*.⁵⁸⁷ Као Радбрух, и ми сматрамо да идеја права не може бити ништа друго него правда: “*Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius*”.⁵⁸⁸ “Право се” – сматра овај филозоф – “може схватити само у оквиру понашања које се повезује са вредношћу. Право је културна појава, тј. чињеница повезана са вредношћу. Појам права се не може одредити друкчије него као датост чији је смисао да оствари идеју права. Право може бити неправедно, али оно је право само зато што је његов смисао да буде праведно.”⁵⁸⁹ У прилог нашем ставу говори и семантика. Наиме, као што терминологија науке и филозофије углавном потиче из грчког, одајући свој извор, тако језик права потиче углавном из латинског. А *Ius* је било право или правда. Правна наука (јуриспруденција) дефинисана је у Јустинијановој Збирци закона (533 г.) и као наука и као уметност: “наука о правди и неправди” и уметност (тј. примена) доброте и правичности”. Нема сумње да правда спада у фундаменталне цивилизацијске вредности. Хефе примећује да ниједна култура нити епоха неће да се одрекне правде. У кривичној правди он препознаје универзално културно наслеђе и чврст доказ против емпиријског културног релативизма. Јер, “у свим културама срећемо се с тим да заједница полаже право на овлашћење за кажњавање уопште. Једва да би било претерано рећи да је кривично право, заједно са кривичним судовима и поступком, заједничка црта човечанства, универзална појава, која превазилази границе између друштава и епоха.”⁵⁹⁰

Овде смо приморани да на тренутак застанемо како би се присетили 1) напомене да је целина већа него део, 2) цврчака који цврче само у свом дворишту, 3) тачне примедбе Вишинског да су питања кривичног поступка органски везана како за питања материјалног кривичног права, тако и за општа питања права и 4) проблема Аристотеловог силогизма. Јер, а) ако је право воља за правдом и б) ако је кривични

⁵⁸⁶ Када се отишавши из Ура Халдејског настанио у Ханану, Аврам, отац јеврејског народа, копао је студенце на којима је напајао стоку коју је чувао. Други су људи касније ове изворе затрпали. “И стаде Исак откопавати студенце, који беху ископани за времена Аврама оца његова, и које заронише Филитеји по смрти Аврамовој; и прозва их именима која им беше надео отац његов.” (*Свето писмо*, 1Мој.26,18).

⁵⁸⁷ Г. Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980. стр.266. Радбрух право дефинише право као „ону стварност чији је смисао да служи правној вредности, идеји права“ (стр. 44.).

⁵⁸⁸ “Право потиче од правде, као од своје мајке: према томе, пре је настала правда од права.”

⁵⁸⁹ Г. Радбрух, *op.cit.*, стр. 15.

⁵⁹⁰ О. Хефе, *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад, 2008, стр. 80.

поступак *право*, онда је и *в*) кривични поступак воља за *правдом* која, у кривичном праву, подразумева да се кажњавају само кривци (и то према степену кривице), а ослобађају невини.

Према томе, кривични поступак стреми одвајању кривих од невиних. Из таквог његовог циља недвосмислено произлази његов инструментални карактер. “За одлуке које су правно обавезујеће” – објашњава Хефе – “неопходни су дефинисани поступци.” Форме, међутим, “нису саме себи сврха. Пошто стоје у функцији садржаја и резултата, и тек од ових добијају своје оправдање, оне производе ону општу спремност да се прихвате одлуке законодавца које још нису садржински одређене – спремност на којој се граде демократске правне државе - тек ако су испуњене две претпоставке: као прво, поступци морају бити отворени за потребе и интересе оних којих се они тичу; они морају бити такви да се могу научити и, поред тога, они морају задовољавати начела процедуралне правде. Процедура не даје оригинарну већ у најбољем случају супсидијарну легитимацију...Процедуралистичким теоријама демократије које су у последње време омиљене недостаје уверљивост. И више од тога: све теорије права, државе и политике које се у потпуности ослањају на поступак имају примесе позитивизма, које, истовремено, прете да угрозе правду.”⁵⁹¹

Однос између два императива – процедуралне коректности и исправног исхода у меритуму – најлакше је објаснити кроз релацију *појединачни случај – неодређени број будућих случајева*. Уколико је у одређеном појединачном случају правилно спроведен поступак резултирао неправилним исходом, накнадним сазнањем о нетачном резултату конкретна ће одлука изгубити свој легитимитет.⁵⁹² Наиме, у таквом случају неподударана између процесне и материјалне перспективе, елементарни разум налаже да се у први план стави правилан исход. И управо је на таквим примерима најлакше демонстрирати акцесорну природу кривичног поступка. Међутим, процедуре се конституишу унапред, за неодређени број будућих случајева од којих у многима нећемо знати да ли је тачан резултат пронађен. Баш одатле и извире велики значај који процедуре имају. Тако, у случају супротном од напред наведеног, кад је, наиме, неправилно спроведен поступак

⁵⁹¹ О. Хефе, *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад, 2008, стр. 47-48.

⁵⁹² Као што је то, на пример, случај у оне две стотине предмета у којима је накнадно извршеном ДНК експертизом разоткривено да су невино окривљени склапали споразум о признању кривице.

резултирао правилним исходом, повреда процедуре - због апстрактне опасности да би у неком будућем случају жртва процесне неправилности могао бити невино оптужени - мора бити неумољиво санкционисана.

Ипак, будући да кривични поступак, како смо рекли, покреће *воља за правдом*, он се нужно конституише тако да поспешује постизање правилног исхода, то јест да спречава кажњавање невиних и некажњавање кривица. И зато сва његова начела излазе из захтева кривичне правде: да се кажњавају само они који су криви (и то према степену кривице) а ослобађају невини. Тако, на пример, корени претпоставке невиности у кривичном поступку нису у *модерној либералној идеологији људских права*, него дубље, у *вољи за правдом* која забрањује кажњавање невиних. Исто је и са другим процесним гарантијама окривљеном. Тортура у кривичном поступку није дозвољена не због потребе да се поштује људско достојанство једног злочинца, већ због тога што је могуће да мучен буде невино оптужени. Слуге правде су и начела акузаторности и контрадикторности: диференцијација улога и полемички тон диспутације и даље су најбољи пут да се стигне до исправног исхода. Према томе, у нашој концепцији кривичног поступка *правда* је она полука којом је Архимед хтео да подигне Земљину куглу. Експандирање процесних гарантија, колико год далеко ишло, можда може засенити, али не може заменити бит - правилну примену материјалног права.

Последња тешкоћа згуснута је у питању: има ли правде без истине? Стави ли се ово питање на Хефеву златарску вагу испоставиће се да је и на њега одговор негативан. Пресуда је праведна само ако је кажњени окривљени *заиста* крив, односно ако је ослобођени окривљени *заиста* невин. Да правда и истина иду руку под руку, одувек је познато. Према томе, теорије, које из ових или оних разлога заговарају излишност *начела тражења истине*, имају плитке темеље јер се у основи заснивају на *подозревању правде*.

Не може се, међутим, порећи да процедуре, схваћене као социјални системи унутар којих влада генерализована спремност да се прихвате још неодређене одлуке, имају свој значај. Процедуралном коректношћу се, наиме, у доброј мери апсорбује незадовољство које ствара садржинска неисправност пресуда, а коју никакав поступак не може искључити. Исто је и са захтевом правне сигурности, која једино може да оправда правоснажност и неисправне пресуде. “Радије ћу починити неправду него подносити

неред', рекао је Гете, и уз то: 'Боље је да ти учине неправду него да свет буде без закона.'⁵⁹³ Али као што се само поштовањем правила процедуре не може оправдати одлука, јер би се, у противном, њено доношење могло свести на просто бацање коцке, тако се - иако је правна сигурност у стању да подржи правоснажно погрешне одлуке - "сасвим лепо могу замислити и случајеви у којима је неисправност правне садржине, њена неправедност или несврхисходност толика да против тога не може да претегне ни вредност правне сигурности. Таквим случајевима", закључује Радбрух, "одговара идеја *апсолутне ништавости* правоснажних пресуда због одређених материјалноправних или формалноправних грешака."⁵⁹⁴

3. Проблем почетка

На први поглед може изгледати да смо нераскидивом свезом кривичног поступка и *воље за правдом*, то јест извођењем његових начела из захтева да се спречи кажњавање невиних и некажњавање кривица, пронашли дубоке темеље кривичног поступка. Тиме смо, међутим, тешкоће само потиснули за један степен и остали дужни да одговоримо на бодљикаво питање: на чему почива правда? Јер, не треба заборавити да је основна тенденција у развоју кривичног поступка – да се процедуралном коректношћу засени суштина - само рефлексивна све дубљег осећаја релативности који се сместио у само језгро онога што познајемо као модерна Западна цивилизација. Ради се, наиме, о релативности која потреса религију и морал, и којом ни питање правде није поштеђено.

Овде нас, због старог питања односа између морала и права, првенствено интересују апорије моралних принципа. Веза између права и морала окружена је многоструком тамновитошћу - но сада није време за заустављање пред грандиозним филозофским водопадима. Довољно је рећи да је, и поред неспорних разлика, право одблесак морала и његова откинута грана. Радбрух сматра да се по садржини својих захтева право и морал поклапају само делимично и случајно. Али, веза између њих је таква да је морал с једне стране сврха права, и управо зато, с друге стране, основ његовог обавезујућег важења.⁵⁹⁵ "Само морал" – објашњава даље Радбрух – "може образложити

⁵⁹³ Г. Радбрух, *op.cit.*, стр. 109.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, стр. 229.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, стр. 61.

обавезујућу снагу права. Из правних прописа као императива испољавања воље може се можда извести неко морање, али никада неко требање. О правним нормама, правном требању, о правном важењу, правним обавезама може бити речи тек онда кад појединачна савест снабде правни императив снагом која морално обавезује.”⁵⁹⁶

Пошто без моралних темеља, сачињених од оних обичаја које нека група сматра неопходним за своје благостање и развој, цивилизација не би била могућа,⁵⁹⁷ не треба показивати на размере које доноси њихова ерозија. Са дисолуцијом моралних норми тесно су повезани *мултикултурализам* и *плурализам*, који се у савременим либерално-демократским друштвима оправдавају разлозима слободе и људског достојанства. Мултикултурализам подразумева да у истом друштву постоји већи број културних група које желе и могу да одрже своје посебне идентитете. То индукује плурализам, стање које обезбеђује равноправну егзистенцију међусобно инкомпатибилних схватања “доброг живота”. Ово неизбежно води *релативизму* и “*моралном скептицизму*”, који поричу могућност да се “објективно” успостави или оправда било који вредносни суд. Градирање различитих начина живота је неодрживо будући да подразумева постојање једног коректног или најбољег начина разумевања људске егзистенције и вођења доброг живота, што је, међутим, немогуће утврдити. Практична последица *моралног плурализма* по Хефеу “јасна је као дан: онај ко жели бити моралан, не зна према чему да се оријентише, не зна како би требало да води живот.”⁵⁹⁸ Ситуација у којој је супериорност једног гледишта у односу на друго не може верификовати претпоставка је *рекогниције* – прихватања не само чињенице да су друге културе различите, него да имају своју вредност по себи и за себе. Рекогниција, међутим, није у стању да реши потенцијални сукоб између различитих моралних концепата са једнаким правом на истину. Стога, једино решење у таквој позицији представља узајамна толеранција.⁵⁹⁹ Бергер и Келнер верују да имају довољно основа да тврде да већина данашњих невоља америчког друштва потиче од јуриша моралног плурализма. Они се плаше да нема препреке да плурализам који сада функционише овако: “Моја религиозна склоност је пресбитеријанска” или “Окренуо сам

⁵⁹⁶ Г. Радбрух, *op.cit.*, стр. 61.

⁵⁹⁷ В. Дјурант, *Источне цивилизације*, Народна књига, Београд, 1995, стр. 47.

⁵⁹⁸ О. Хефе, *Умијеће живљења и морал или усређује ли врлина?*, Академска књига, Нови Сад, 2011, стр. 30.

⁵⁹⁹ Видети Џ. Раз, *op.cit.*, стр. 112-113.

се будизму” почне да се исказује овако: “Моја морална склоност подржава употребу подметања пожара као политичке тактике” или “Окренуо сам се убијању секиром”.⁶⁰⁰

Које су крајње консеквенце моралног релативизма? “Етички релативизам” – одговара Хефе – “различите обавезности сматра подједнако важећим, но из пуког културно релативног важења, тврдећи да нечега таквога не може ни бити. Овде први проблем егзистенцијалне оријентације прелази у проблем етичке оправданости. Пошто се овај предмет наводно одликује тако великом различитошћу и непостојаношћу, то се целокупни наводни морал показује као пука људска творевина и произвољна хипотеза. А тада би изостао – што је за прави морал незаобилазно – моменат произвољне обавезности. На овај начин, етички релативизам узраста до позиције *разморализовања у буквалном смислу, до свеобухватног растанка од васколиког морала, што се делимично назива аморализам, а делимично (етички) нихилазам*” (курзив наш).⁶⁰¹

Не мирећи се с таквим стањем ми прихватамо Хефеово решење овог проблема које почива на универзалистичком концепту морала. Оно, наиме, подразумева да све културе имају заједничко утемељење. Хефе набраја: готово све културе високо цене реципрочност уколико је повезана са великодушношћу, све познају забрану инцеста и све прихватају забрану лагања и преваре, уважавање старијих, бригу за децу и уопштenu саосећајност. Основна правна добра, као што су тело, живот и својина, на свим местима су кривичноправно заштићена. Заштићеним добрима придружују се и основна начела процедуралне правде. “Културни релативизам”, закључује Хефе, “је само донекле на делу, тако да његово ширење у правцу попутног, етичког релативизма почива на обмани”.⁶⁰² Ову обману он отклања доказивањем да се преостале разлике међу културама често тичу тек оних релативно конкретних “површинских норми” које су везане за карактеристичне географске, климатске и економске чиниоце. Морално одлучујућа основа обавезности открива се само када се из конкретних обавезности исфилтрирају културно специфични ивични услови, после чега преостаје оно што се зове нормативна основа. “Чим се осматриве обавезности препознају као културно специфична обележја општих начела, разлике неће деловати зачуђујуће, већ чак као нужне. Прва, релативистичка

⁶⁰⁰ П. Бергер, Х. Келнер, *Социологија у новом кључу*, Градина, Ниш, 1991, стр. 66.

⁶⁰¹ О. Хефе, *Умијеће живљења и морал или усрећује ли врлина?*, Академска књига, Нови Сад, 2011, стр. 31.

⁶⁰² Ibid., стр. 32.

интерпретација културне многострукости испоставиће се као перспективистичка варка, која се још додатно повећава потирањем културних заједничности.”⁶⁰³

Копрену тајновитости која покрива однос између права и морала покушао је да скине Фулер који се, за разлику од већине теоретичара који се фокусирају на право (због чега дефиниција права има у готово нежељеном изобиљу), претпостављајући шта оно с чиме га пореде (морал) подразумева, усредредио на значење самог морала. Развијајући тезу о моралности права, Фулер разликује две врсте моралности: моралност дужности и моралност тежње. Потоњу објашњава примером грчке филозофске мисли - то је моралност доброг живота, врлине по себи, најпотпунијег остваривања људских могућности. Насупрот њој, стоји моралност дужности која поставља основна правила без којих постојање друштвеног поретка није могуће. То је моралност Декалога, која углавном говори “не чини”, а ређе “чини”. По Фулеровом схватању, моралност дужности налази свог најближег сродника у праву, док је моралност тежње пак у присном сродству са естетиком. Како не постоји начин на који би право могло принудити човека да живи у складу са врлинама за које је способан, Фулер закључује да моралност тежње нема непосредног значења за право и да се ово мора окренути ка свом крвном сроднику, моралности дужности.⁶⁰⁴

Језгро Фулеровог учења чини идеја о “унутрашњој моралности права”, која право уопште чини могућим.⁶⁰⁵ Предуслов доброг права, наводи Фулер, јесте постојање права. Међутим, то није довољно: битан услов моћи права представља његова унутрашња моралност. “Савестан столар који је добро научио свој занат и који своје алатке добро оштри” – објашњава сликовито Фулер – “можемо да претпоставимо, посветиће се изградњи лоповске јазбине исто као и изградњи уточишта за сирочад. Међутим, и даље је тачно да је потребан столар или бар његова помоћ да се изгради сиротиште, а то уточиште биће боље ако је он вешт столар, опремљен алатом који се употребљава са пажњом и држи у исправном стању.”⁶⁰⁶ Свако одступање од начела унутрашње моралности права,

⁶⁰³ О. Хефе, *Умијеће живљења и морал или усрећује ли врлина ?*, Академска књига, Нови Сад, 2011, стр. 33.

⁶⁰⁴ Л. Л. Фулер, *op.cit.*, стр. 18-21.

⁶⁰⁵ Њу чини осам захтева: општост, обнародовање, забрана злоупотребе повратне правне снаге, јасност, непротивречност, остваривост, постојаност правних правила и сагласност између проглашених правила и начина на који се она примењују.

⁶⁰⁶ Л. Л. Фулер, *op.cit.*, стр. 174.

закључује Фулер, представља отворену увреду човековом достојанству као одговорног субјекта. Унутрашњу моралност права Фулер назива једном врстом природног права, под којим подразумева скуп захтева практичне разборитости којима се уређује живот у људској заједници. Када са ради о предмету законодавчеве делетности тада се ради о “спољашњој моралности права”. Унутрашња моралност права је незаинтересована према суштаственим циљевима права и спремна је да служи са једнаком ефикасношћу разноликим циљевима. Међутим, Фулер везу између унутрашње и спољашње моралности види овако: немогуће је замислити случај злог монарха који следи најнеправедније циљеве, а при томе све време истински поштује начела законитости. Историја не пружа примере режима који су комбиновали верно подржавање унутрашње моралности са бруталним занемаривањем правде и људске добробити.⁶⁰⁷ Фулер је, дакле, на запрепаштење позитивиста, вратио идеју моралности као критеријума за разликовање “исправног” правног поретка (који чини право које одговара захтевима правде и морала) од “сваког” правног поретка.

Али како да знамо да су морални принципи, који су очито неопходни, исправни? Остао је, дакле, веома тежак проблем : може ли се морал народа одржати без религије? Вртлоге овог питања најлакше је осетити читањем романа *Браћа Карамазови* у којем се проблем “а шта ћемо ако њега нема?” на много места разрађује. “Тада, ако њега нема, онда је човек господар земље и васионе. Дивота! Само како ће човек бити добар без бога?...Ракотин вели да се може волети човечанство и без бога.⁶⁰⁸ Е, само један слинави смрчак може тврдити тако нешто.” И опет: “Тада ништа не би било неморално, све би било дозвољено, чак и људождерство.” Ако нема “ни бога ни бесмртности, морални закон природе се мора одмах изменити у потпуну противност пређашњем религиозном и себичност, која би дошла до злочинства, не само што се мора дозволити човеку него чак признати као неопходан, најпаметнији и – малтене - најблагороднији излаз из његовог положаја.”⁶⁰⁹

Може ли се, дакле, морал изградити по начелима разума и науке? Ко је ауторитет који ће одредити добро и зло, и одвојити једно од другог? Стоицизам је

⁶⁰⁷ Л. Л. Фулер, *op.cit.*, стр. 172-173.

⁶⁰⁸ Ово је идеја коју су, са изузетком Волтера, заступали француски филозофи просветитељства.

⁶⁰⁹ Фрагменти из романа *Браћа Карамазови* Ф. М. Достојевског, Рад, Београд, 1977, стр. 90.

представљао последњи напор класичне антике да пронађе природну етику. После њега, такво превелико поверење у људску природу имали су француски *филозофи*. “Али питање да ли морални кодекс, без подршке религије, може да одржи друштвени поредак остало је нерешено. Оно је још присутно; ми живимо у том критичном експерименту.”⁶¹⁰

Ову Дјурантову тврдњу донекле релативизује Бергерова теза о десекуларизацији света, свдећи је само на модерну Западну цивилизацију. “Данашњи свет је масовно религиозан” – тврди Бергер – “и јесте све друго осим секуларизованог света какав је предсказан (било радосно или малодушно) од стране великог броја аналитичара модерног доба. Постоје, међутим, два изузетка од ове тврдње...Први очигледан пример је Европа...У западној Европи, ако ни на једном другом месту, стара теорија секуларизације би могла да се одржи. Повећан степен модернизације утиче на повећање кључних индикатора секуларизације...Други изузетак...је...међународна супкултура коју чине високообразовани људи, посебно у хуманистичким и друштвеним наукама, која је истински секуларизована. Ова супкултура је принципијелни ‘носилац’ напредних, просветитељских веровања и вредности. Мада су њени чланови веома малобројни, они су веома утицајни, зато што контролишу институције које одређују ‘званичну’ дефиницију реалности, нарочито образовни систем, медије масовне комуникације, те горње слојеве правног система...Опет, на жалост, не могу да нагађам зашто би људи оваквог образовања били тако склони секуларизацији.”⁶¹¹

⁶¹⁰ В. Дјурант, *Доба Волтера*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 705.

⁶¹¹ П. Бергер, *Десекуларизација света*, Mediterran Publishing, Нови Сад, 2008, стр. 20-21.

VII. ИСХОД

“Сада се могу радовати чак и оповргавању теорије која ми је драга, јер је чак и то научни успех.”

Џон Карју Еклез

I. *Кривични поступак је израз воље за правдом.*

Како је *a)* право, као што говори Радбрух у својој „Филозофији права“, воља за правдом, те како је и *б)* кривични поступак право, онда следи да је и *ц)* кривични поступак воља за правдом, која у кривичном праву подразумева да се кажњавају само кривци, и то према степену кривице, а ослобађају недужни.

II. *Правда је заједнички супстрат права, морала и религије. Стога се кретања у потоње две области нужно рефлектују и на право.*

Секуларизација Западне цивилизације поткопала је извесности које су вековима узимане као неспорне чињенице. Процес је узео маха кад се Француска “одрекла исквареног римског бога, а новог није нашла”.⁶¹² *Мултикултурализам* је тренд данашњег времена. Њега као сенка прати *плурализам*, стање које обезбеђује равноправну егзистенцију међусобно инкомпатибилних схватања “доброг живота”. То неизбежно води у *релативизам* и “*морални скептицизам*”, који поричу могућност да се “објективно”

⁶¹² По Достојевском, римски католицизам не припада хришћанству јер је Рим прогласио Христа који се покорио на трећем ђаволовом искушењу (да му се поклони и заузврат добије сва царства овог света и славу њихову) и тиме упропастио читав западни свет (видети Ф. М. Достојевски, *Зли дуси*, I, Рад, Београд, 1977. стр. 270.). С друге стране, *филозофи*, иако су спознали да одбацивањем теолошких темеља морала имају обавезу да пронађу другу базу, други систем веровања који ће људе навести на пристојно понашање, уопште нису били сигурни да се човек може контролисати без натприродног моралног кодекса. Дидро, који је у другој половини живота размишљао како да смисли природну етику, признао је да у томе није успео (видети В. Дјурант, *Русо и револуција*, Народна књига, Београд, 2004, стр. 910.).

успостави или оправда било који вредносни суд. Деструктивном дејству плурализма и релативизма највише су изложени морал и религија, области у којима највише до изражаја долази тежња за извесношћу. Али је истим процесима подложно и право, у мери у којој се његова садржина поклапа са садржином морала и религије.

III. *Англо-амерички кривични поступак је, у односу на свој континенталноевропски пандам, отворенији за прихватање напред означених трендова.*

Два су главна узрока томе. Прво, спремност да „изађе у сусрет потребама времена“ увек је била важно обележје англо-америчке процесуре. Ову прилагодљивост омогућује гипка концепција поступка као спора странака. Последње велико апсорбовање спољног утицаја догодило се с тријумфом идеологије људских права и с њом повезане идеологије неолиберализма. Друго, кривични поступак је увек мисаони одраз датих друштвених прилика и историјских збивања, а горе описани трендови (мултикултурализам, плурализам) рођени су на подручју важења англо-америчког поступка. Ови узроци су у својој укупности изазвали *due process revolution*, чији је крајњи ефекат црпљење легитимитета одлука из процесне праведности.

IV. *Погрешна је теза да је англо-амерички тип поступка одувек одавао спремност да процедуралну коректност претпостави правилном исходу.*

Пре него што је наступило време „процесног пуританизма“, англо-амерички поступак су покретали импулси материјалне правде и правичности. То се, између осталог, читавало и у привржености према здраворазумском одлучивању и сензибилитету за детаље конкретног случаја. Таквом духу процеса доприносила је и харизматска црта англо-америчког поступка: веровање у импекабилитет одлуке дванаест просветљених људи.

V. *Уверење да се ради о најбољем од свих могућих начина доношења одлука похрањено у саме темеље поротног одлучивања.*

Баш као што је некада Лајбниц уверавао да живимо у најбољем од свих могућих светова, тако акузаторски поступак одише вером да је најбољи од свих могућих поступака за утврђивање кривице осумњичених. Јер ако дванаест поштених и разумних

људи, после поштено спроведеног поступка, није донело *исправну одлуку*, онда таква одлука не би могла бити донета ни у једном другом облику кривичне процедуре. Тим пре је депласирано корекцију очекивати од другостепеног органа, лишеног било каквих непосредних сазнања. Према томе, с прихватањем пороте мора се прихватити и њена ирационална компонента. Јер, англо-америчка порота заузела је место “божјег суда”, чији се исход схватао као пресуда провиђења које увек будно мотри да злочинац буде кажњен.

VI. Доктрина о fair поступку, који легитимацију задобија процедуралном коректношћу, представља закаснелу рационализацију акузаторског типа поступка.

Услед растуће несигурности у могућност достизања извесности, судски се поступак почиње ограничавати на обезбеђивање једнаког третмана странака и успостављање равнотеже процесних изгледа за успех. Другим речима, пошто истина може остати недостижна, судски процес у најбољем случају треба да омогући непристрасно пресуђивање. У складу с тим, непристрасност се претпоставља тачном исходу а материјална правда редукује на процесну правденост. Овакво схватање наводно подржава индивидуалну слободу која је кључни појам Новог века.

VII. Данас се концепт правичног поступка узима као крајње достигнуће у моделирању судске процедуре.

Идеја о правичном поступку обавијена је ауром ексклузивности и учињена надменом на један ортодоксан начин. Ради се о учењу које унапред и без остатка одбацује целокупно наслеђе “староевропског” поступка. Поред тога, концепт права на правично суђење пробија шавове кривичног права. Његово прихватање нужна је претпоставка за улазак у сферу “слободног и демократског” света и представља везивно ткиво у интеграцији националних кривичнопроцесних система.

VIII. За претварање начела правичног поступка у централни руководећи принцип савременог континенталног поступка велике заслуге има Европски суд за људска права.

Положај и значај овог суда, бављење само процесним питањима и “суђење случај по случај” допринели су томе да се пресуде оправдавају у процесном смислу. С

друге стране, милогласне поруке Суда се никада непосредно не односе на вечну тензију између процедуралне коректности и исправности одлука у меритуму. Ипак, следбеницима Суда то није сметало да забораве да форме постоје у функцији садржаја и резултата.

IX. Продирање англо-америчких процесних решења у континентално правно подручје представља чин правне акултурације која се данас може посматрати in vivo.

Већ на почетку рада смо апострофирали да су континенталноевропски реформатори савршену замену за истрошене принципе „староевропског“ поступка препознали у већ постојећим процесним решењима, однегованим у туђој, англо-америчкој правној традицији.

X. Важну последицу напред апострофиране правне акултурације представља дисолуција начела тражења истине у кривичном поступку.

Ово је проузроковано једновременим деловањем широког спектра фактора: кретања у филозофији, социологији и другим хуманистичким наукама, релативности која је завладала у модерној Западној цивилизацији и епистемичке уздржаности којом је ова резултирала, погледима на свет и метанарацијама који су прожети појмовима плурализма и релативизма, везивањем начела истине за тоталитарне режиме у чијим је судским поступцима оно бескрупулозно злоупотребљавано и др.

XI. Овакав правац „велике реконструкције“ континенталноевропског кривичног поступка последица је хегемонистичког положаја који у данашњем глобализованом свету ужива земља порекла изабране процесне парадигме.

Наше је уверење да се актуелне тенденције у развоју савременог кривичног поступка не могу до краја разумети унутар координата науке кривичног процесног права. Потреба да се видници прошире особито је изражена у садашњим условима формирања света као целине, које је детерминисано глобалном економском интеграцијом, културном хомогенизацијом и технолошким иновацијама.

XII. Правна акултурација коју посматрамо може бити успешна само уколико се на континенталном правном подручју безусловно прихвати концепција поступка као спора странака. То, међутим, подразумева више од простог теоријског

обрасца: прихватање традиције настале из острвске географске и психолошке изолације као своје, као и идентификацију са процесним механизмима насталим вековним наношењем садашњег на прошло у једном потпуно другачијем културном и правном окружењу.

Овакав закључак јасно произилази из разматрања садржаних у трећој глави овог рада. Генеалогичка линија коју смо тамо пратили осветлила је болан раскол између два типа процедуре, из којег се лако може извући закључак о трајној процесној неупарености два система. Њега потврђује и пракса. Ако само крајичком ока осмотримо практичне последице акултурације, уверићемо се да мешавина која настаје представља блок пун напрстина.

XIII. С друге стране, *деградирање истине се у кривичном поступку највећим делом заснива на погрешном изједначавању “несазнатљивог” у социолошким теоријама сазнања и филозофији са “несазнатљивим” у кривичном поступку.*

Првоспоменуте су области обузете трагањем за првородним начелом и откривањем крајњих основа ствари. Стога не треба да чуди што нас свака теорија о пореклу света води ка недокучивостима и закључку да се ништа не може сазнати у својој последњој природи. Кривични поступак, међутим, припада здраворазумској равни збиље свакодневног живота. “Недокучивости” које, пак, производи, детерминисане су простом чињеницом да се у њему утврђује садржај неког прошлог догађаја, те да у тешком послу реконструкције на располагању најчешће стоје само несигурна и непоуздана средства. Ипак, кривични је поступак *ограничен на стварност света свакодневног живота коју нико не доводи у питање.*

XIV. Стога, *кривичном је поступку примерена коренсподентска теорија истине.*

Теорија објективне истине допушта да је нешто истинито чак иако нико не верује да је то истина, као и да је нешто лажно чак иако имамо сразмерно добре разлоге да то узмемо за истину. Статус истине у објективном смислу, као коренсподенције са чињеницама и њене улоге као регулативног принципа, одлично оцртава Поперова алегоричка слика планинара који се успиње на врх планине обавијен облацима. Он не само да

може имати тешкоће да тамо доспе – он може да не зна када је тамо доспео, зато што можда није у стању да у облацима разлучи између главног врха и споредног врха. Ипак, то не погађа објективно постојање главног врха. А евентуална његова сумња да се попео на стварни врх само је имплицитно признање постојања главног врха.

XV. Начело тражења истине логично проистиче из устројства кривичног поступка у којем одлука није резултат „просветљености“ дванаесторице.

Ако је теза коју заступамо - да чињенично стање утврђује само суд и саопштава га у образложеној одлуци – тачна, онда то, по нашем суду, нужно имплицира деловање истражне максиме и самим тим, начела тражења истине.

XVI. С друге стране, једина суштинска новост коју је начело правичног поступка донело јесте процесно оправдавање одлука.

Иако заговорници начела правичног поступка у њему виде *нову формулу*, којом се једном засвагда решавају сви проблеми кривичног поступка, *fair* суђење није изум модерног доба. Једино што је супремација форме омогућила јесте да очување људских права у поступку постане само себи сврха. Тако је концепт правичног поступка обезбедио - да се послужимо метафором Зафранског - да се комфортно опреми точак по којем трчи хрчак у кавезу. Још прегнантније то оцртава једна алегорија Томе Аквинског: ако је највиши циљ капетана да сачува свој брод, он би га онда заувек држао у луци. Међутим, капетан не сматра да је крајњи циљ само очување брода који му је поверен, него да брод стигне на предвиђено одредиште.

XVII. Након претходних закључака, не постоје сметње да плитке темеље епистемичке уздржаности, оличене у оправдању пресуда процедуралном коректношћу, додатно продубимо: кривични поступак покреће воља за правдом, због чега се он нужно конституише тако да поспешује постизање правилног исхода, то јест да спречава кажњавање невиних и некажњавање кривица.

Према томе, сва начела процесног права произлазе из захтева кривичне правде - да се кажњавају само они који су криви (и то према степену кривице), а

ослобађају невини. Пресуда је праведна само ако је кажњени окривљени *заиста* крив, односно ако је ослобођени окривљени *заиста* невин.

Дакле, не може бити правде без истине.

ЛИТЕРАТУРА

ДОМАЋА :

- 1) Бајовић В., Споразум о признању кривице: упоредно-правни приказ, Правни факултет у Београду, Београд, 2009.
- 2) Баста Д., Право под окриљем утопије, Рад, Београд, 1988.
- 3) Бауер В., Теорија кривичног поступка ФНР Југославије, прва књига, Накладни завод Хрватске, Загреб, 1950.
- 4) Бејатовић С., Кривично процесно право, Службени гласник, Београд, 2010.
- 5) Бејатовић С., Радна верзија Законика о кривичном поступку РС и тужилачки модел истраге, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.2/2010.
- 6) Бељански С., Илић Г., Мајић М., Предговор Законику о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2013.
- 7) Бркић С., Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2004.
- 8) Бркић С., Кривично процесно право II, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2013.
- 9) Васиљевић Т., Систем кривичног процесног права СФРЈ, Научна књига, Београд, 1964.
- 10) Гогољ Н. В., Мртве душе, Веселин Маслеша, Сарајево, 1969.
- 11) Грубач М., Кривично процесно право, Увод и општи део, Службени гласник, Београд, 2002.
- 12) Грубач М., Начела кривичног поступка и њихова трансформација, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 97, 1994.
- 13) Грубиша М., Чињенично стање у кривичном поступку, Информатор, Загреб, 1980.
- 14) Грубиша М., Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање (чињенице) и тко га утврђује у кривичном поступку, Загреб, Наша законитост, 6/1982.

- 15) Грубиша М., Полемичар, чији је једини аргумент неистина, неизбежно поражава – самога себе, Загреб, Наша законитост, 4/1983.
- 16) Дамашка М., Судбина англо-америчких процесних идеја у Италији, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр.1/2006.
- 17) Дамашка М., О неким учинцима страначки обликованог припремног поступка, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр.1/2007.
- 18) Дамашка М., О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр.2/1997.
- 19) Дамашка М., Доказно право у казненом поступку: орис нових тенденција, Правни факултет у Загребу, 2001.
- 20) Дамашка М., Лица правосуђа и државна власт - Успоредни приказ правосудних сустава, Накладни завод Глобус, Загреб, 2008.
- 21) Дамашка М., Напомене о споразумима у казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2004.
- 22) Ђурђић В., Кривично процесно право – Општи део, Центар за публикације Правног Факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014.
- 23) Ђурђић В., Начело правичног поступка, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/2006.
- 24) Ђурђић В., У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека, Зборник радова Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу“, 2008.
- 25) Ђурђић В., Компаративноправна решења о претходном кривичном поступку и њихова имплементација у српско кривичнопроцесно законодавство, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 1/2009.
- 26) Ђурђић В., Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења, у: Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
- 27) Ђурђић В., Редифинисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.2., 2010.
- 28) Ђурђић В., Кривично процесно право – посебни део, Ниш, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, 2011.

- 29) Ђурђић В., Нормативне претпоставке права на правично суђење у кривичним стварима, Правни живот, Београд, бр. 9/2013.
- 30) Ђурђић В., Кохерентност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка, у: Право и друштвена стварност, Правни факултет Приштина – Косовска Митровица, 2014.
- 31) Ђурђић В., Утврђивање чињеница у кривичном поступку, Правна ријеч, Удружење правника Републике Српске, бр. 37/2013.
- 32) Ђурић М., Социологија Макса Вебера – Преводи из Веберовог дела, Напријед, Загреб, 1987.
- 33) Кнежевић С., Основна начела кривичног процесног права, Студентски културни центар Ниш, Ниш, 2012.
- 34) Кнежевић С., Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2007.
- 35) Кнежевић С., Примена правила *in dubio pro reo* у кривичном поступку, Правни живот, бр. 9/2004.
- 36) Крапац Д., Казнено процесно право, Књига прва: Институције, Народне новине, Загреб, 2010.
- 37) Крапац Д., Енглески казнени поступак, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1995.
- 38) Крапац Д., Савремени претходни кривични поступак: настанак и главне значајке, Загреб, НЗ, бр.2-3, 1989.
- 39) Крапац Д., Утврђивање правно релевантних чињеница у кривичном поступку непосредним и посредним доказима: спознајно теоријски аспект и анализа неких прописа Југославесног кривичног процесног права, Наша законитост, Загреб, 9/81.
- 40) Крапац Д., Утврђивање правно релевантних чињеница у кривичном поступку непосредним и посредним доказима: историјско-правни аспект и неке хеуристичке напомене, ЈРКК, 1/1981.
- 41) Крапац Д., Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку, Реферат на XIX заседању СУКК у Купарима, 1981.
- 42) Крапац Д., Утврдити чињенице значи увјерити се у њихово постојање – властитим опажањем или доказивањем (Уз два недавна чланка М. Грубише о утврђивању чињеница у кривичном поступку), Наша законитост, Загреб, 11-12/82.

- 43) Лазин, Ђ., In dubio pro geo у кривичном поступку, Научна књига, Београд, 1995.
- 44) Павишић Б., Казнено право Вијећа Еуропе, Голден маркетинг – Техничка књига, Загреб, 2006.
- 45) Павишић Б., Нови хрватски закон о казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.2/2008.
- 46) Радуловић Д., Кривично процесно право, Универзитет Црне Горе, Правни факултет, Подгорица, 2009.
- 47) Радуловић Д., Реформа кривичног процесног законодавства Црне Горе, Ревивија за криминологију и кривично право, бр.2/2010.
- 48) Радуловић Д., Оштећени као субјект кривичног поступка у свијетлу новог Законика о кривичном поступку Црне Горе, Ревивија за криминологију и кривично право, бр.2-3/2011.
- 49) Стојановић З., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције у Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Београд, 2009.
- 50) Узелац А., Истина у судском поступку, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1997.
- 51) Шкулић М., Кривично процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- 52) Шкулић М., Концепција истраге у кривичном поступку, Ревивија за криминологију и кривично право, бр.1/2010.
- 53) Шушњић Ђ., Методологија, Чигоја, Београд, 2007.

СТРАНА :

- 1) Albrecht H.J., Criminal prosecution: Developments, Trends and Open Questions in the Federal Republic of Germany, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2000.
- 2) Аквински Т., Биће и суштина, Дерета, Београд, 2010.
- 3) Alschuler A.W., Plea Bargaining And Its History, Columbia Law Review, Vol.79, no.1, 1979.
- 4) Арент Х., Живот духа, Службени Гласник, Београд, 2010.

- 5) Arent H., *The Origins of Totalitarianism*, San Diego, Harvest Books, 1977.
- 6) Аристотел, *Метафизика*, Paideia, Београд, 2007.
- 7) Ashworth A., *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- 8) Bain J.M., Kelly M.K., *Fruit of the poisonous tree: recent developments as viewed through its exceptions*, University of Miami Law Review, Miami, 1976.
- 9) Бајрон Л., *Дон Жуан*, Народна књига, Београд, 2004.
- 10) Bauman R., Brenner H., *Die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1991.
- 11) Бекер С., *Жалба у казненем поступку у САД: преиспитати или непреиспитати пресуду – очигледна погрешка, нешкодљива погрешка и ризик повећања казне по жалби*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, бр.1/2008.
- 12) Бекон Ф., *Истинита упутства за тумачење природе – Нови органон и Велика обнова*, Службени гласник, Београд, 2009.
- 13) Benet J., *Crime Investigation*, Parragon, London, 2007.
- 14) Бер В., *Увод у социјални конструкционизам*, Zepet Book World, Београд, 2001.
- 15) Бергер П., *Десекуларизација света*, Mediterran Publishing, Нови Сад, 2008.
- 16) Бергер П., Келнер Х., *Социологија у новом кључу*, Градина, Ниш, 1991.
- 17) Блох Е., *Природно право и људско достојанство*, Издавачки центар Комунист, Београд, 1977.
- 18) Бобио Н., *Будућност демократије, Одбрана правила игре*, Филип Вишњић, Београд, 1990.
- 19) Bodenhamer D., *Fair Trial: Rights of the Accused in American History*, Oxford University Press, SAD, 1992.
- 20) Bogira S., *Courtroom 302: A Year Behind the Scene in an American Criminal Courthouse*, Knopf, 2005.
- 21) Bradley, C.M., *Criminal Procedure: A Worldwide Study*, Carolina Academic Press, Durham, 1999.
- 22) Цицерон, *О природи богова*, Св.Симеон Мироточиви, Врњачка Бања, 1989.
- 23) Цицерон, *Филозофски списи*, Матица српска, Нови Сад, 1978.

- 24) Combs N.A., *Guilty Pleas in International Criminal Law*, Stanford University Press, California, 2007.
- 25) Дајмонд Ц., *Микроби, пушке и челик – судбине људских друштава*, Досије и Службени лист СЦГ, Београд, 2004.
- 26) Декарт Р., *Метафизичке медитације*, Завод за уџбенике Београд, 2012.
- 27) Декарт Р., *Расправа о методи*, ИТП Унирекс, Подгорица, 2008.
- 28) Delmas-Marty M., *The Criminal Process and Human Rights: Toward a European Consciousness*, Springer, 1994.
- 29) Диркем, Е., *О подели друштвеног рада*, Просвета, Београд, 1972.
- 30) Дјурант В., *Цезар и Христ*, Народна књига, Београд, 1996.
- 31) Дјурант В., *Доба Волтера*, Народна књига, Београд, 2004.
- 32) Дјурант В., *Источне цивилизације*, Народна књига, Београд, 1995.
- 33) Дјурант В., *Живот Грчке*, Народна књига, Београд, 2004.
- 34) Дјурант В., *Русо и револуција*, Народна књига, Београд, 2004.
- 35) Дјурант В., *Животи и мишљења великих филозофа*, Бајка, Ниш, 2002.
- 36) Достојевски Ф. М., *Идиот*, Издавачко предузеће Рад, Београд, 1977.
- 37) Достојевски Ф. М., *Браћа Карамазови*, Рад, Београд, 1977.
- 38) Достојевски Ф. М., *Зимске белешке о летњим утисцима*, Рад, Београд, 1977.
- 39) Достојевски Ф. М., *Зли дуси, I*, Рад, Београд, 1977.
- 40) Duff A., Farmer L., Marshall S., *The trial on trial: Truth and Due Process*, Hart Publishing, 2004.
- 41) Dufraimont L., *Evidence Law and Jury: A Reassessment*, 53 McGill Law Journal 199, 2008.
- 42) Дузинас К., *Људска права и Империја – политичка филозофија космополитизма*, Службени гласник, Београд, 2009.
- 43) Дворкин Р., *Царство права*, „Филип Вишњић“, Београд, 2003.
- 44) Дворкин Р., *Суштина индивидуалних права*, Службени лист СРЈ, Београд, 2001.
- 45) Easterbrook F.H., *Criminal Procedure as a Market System*, J.Legal Stud. 12, 1983.
- 46) Fisher G., *Plea Bargainings Triumph – A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, Stanford, California, 2003.
- 47) Foucault M., *The Archaeology of Knowledge*, Tavistock, London, 1972.
- 48) Фриш М., *Плавобради*, Народна књига, Београд, 1985.

- 49) Фулер Л., Моралност права, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за публикације, Београд, 2001.
- 50) Герген К., Герген М., Социјална конструкција – улазак у дијалог, Zepher Book World, Београд, 2006.
- 51) Гири П., Мит о нацијама, Цензура, Нови Сад, 2007.
- 52) Гибон, Е., Опадање и пропаст римског царства, Службени лист СРЈ, Београд, 1996.
- 53) Graham K., Crimes, Widgets, and Plea Bargaining: An Analysis of Charge Content, Pleas, and Trials, 100 Cal. L. Rev. 1573, 2012.
- 54) Хард М., Негри А., Империја, Игам, Београд, 2005.
- 55) Харви Д., Кратка историја неолиберализма, Mediterran Publishing, Нови Сад, 2012.
- 56) Хегел Г.В., Историја филозофије, Култура, Београд, 1962.
- 57) Хекинг И., Друштвена конструкција–али чега?, Mediterran publishing, Нови Сад, 2012.
- 58) Хефе О., Правда : Филозофски увод, Академска књига, Нови Сад, 2008.
- 59) Хефе О., Умијеће живљења и морал или усређује ли врлина, Академска књига, Нови Сад, 2011.
- 60) Хјум Д., Расправа о људској природи, Веселин Маслеша, Сарајево, 1983.
- 61) Хобс Т., Левијатан, Култура, Београд, 1961.
- 62) Хобсбаум Е., Глобализација, демократија и тероризам, Архипелаг, Београд, 2008.
- 63) Хобсбаум Е., Доба екстрема – Историја кратког двадесетог века 1914-1991, Дерета, Београд, 2004.
- 64) Huls S., Polizeiliche und statsanwaltliche Ermittlungstatigkeit: Machtzuwachs und Kontrollverlust, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.
- 65) Иглтон Т., Илузије постмодернизма, Светови, Нови Сад, 1997.
- 66) Ignatieff M., Empire Lite, London, Vintage, 2003.
- 67) Јелинек Г., Борба старог с новим правом, ПлатО, Београд, 1998.
- 68) Карбоније Ж., Правна социологија, Издавачка књижарница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 1992.
- 69) Комеља Б., Шпанска Инквизиција, Клио, Београд, 2003.
- 70) Коплстон Ф., Историја филозофије – Грчка и Рим, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1988.

- 71) Коплстон Ф., Историја филозофије - Средњовековна филозофија, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1989.
- 72) Луман Н., Легитимација кроз процедуру, Напријед, Загреб, 1992.
- 73) Luman N., Paradigm Lost: On the Ethical Reflection of Morality: Speech on the Occasion of the Award of the Hegel Prize 1988, Thesis Eleven 29, 1991.
- 74) Манхајм К., Дијагноза нашег времена, Mediterran publishing, Нови Сад, 2009.
- 75) Мол Н., Харби К., Право на правично суђење, Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима, Савет Европе, Београд, 2007.
- 76) Montaigne M., Essays, Paperback, Penguin Books, 1993.
- 77) Монтеѕкје Ш., О духу закона, Завод за уџбенике, Београд, 2011.
- 78) Ниче Ф., Тако је говорио Заратустра, Компанија Новости а.д., Београд, 2005.
- 79) V. Parekh, Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory, Palgrave Macmillan, New York, 2005.
- 80) Парсконс Т. Друштвени систем и други огледи, Издавачка књијарница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 2009.
- 81) Perler D., Was There a „Pyrrhonian Crisis“ in Early Modern Philosophy? A Critical Notice of Richard H. Popkin, Archiv fur Geschichte der Philosophie 86, 2004.
- 82) Платон, Одбрана Сократова, Дерета, Београд, 2002.
- 83) Попер К., Претпоставке и побијања, Раст научног знања, Издавачка књијарница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 2002.
- 84) Попкин Р., Историја скептицизма од Савонароле до Бејла, Федон, Београд, 2010.
- 85) Радбрух Г., Филозофија права, Нолит, Београд, 1980.
- 86) Раз Ц., Етика у јавном домену, Издавачка кућа ЦИД, Подгорица, 2005.
- 87) Roxin C., Strafverfahrensrecht, 25.Auflage, Munchen, „Verlag C.H.Beck“, 1998.
- 88) Santayana G., Scepticism and Animal Faith, Dover Publications, Inc., New York, 1955.
- 89) Searle J. R., The Construction of Social Reality, The Free Press, New York/London, 1995.
- 90) Scott R.E., Stuntz W.J., Plea bargaining as Contract, 101 Yale Law Journal, Vol. 101:1909, 1992.
- 91) Шиц А., Проблем друштвене стварности, Mediterran publishing, Нови Сад, 2012.
- 92) Talroth P., Informationsrechte des Beschuldigten im Vorverfahren, Freiburg, 2004.

- 93) Thaman S., Суђења пред новом руском казненом поротом и нулификација казненог закона у њезину праворијеку: поуке за поротом инспирирану реформу у Еуроазији и шире, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, 1/2008.
- 94) Токвил А., О демократији у Америци, Издавачка књижарница Зорана Стојановића Сремски Карловци, Нови Сад, 2002.
- 95) Treshel S., Human Rights in Criminal Proceedings, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- 96) Вајденфелд В., Европа од А до Ш, Приручник за европску интеграцију, Фондација Конрад Аденауер, 2005.
- 97) Вебер М., Привреда и друштво, том I, Просвета, Београд, 1976.
- 98) Вишински А. Ј., О стању на fronti правне теорије, у Совјетске теорије права, Глобус, Загреб, 1984.
- 99) Williams G., The Proof of Guilt – A Study of the English Criminal Trial, Stevens and Sons Limited, London, 1955.
- 100) Wilson A.M., Diderot, Oxford University Press, USA, 1972.