

Др Војислав Ђурђић*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Страхинја Давидов**
адвокат, Нови Сад

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672055D

UDK: 343.1(497.11)

Рад примљен: 10.04.2016.

Рад прихваћен: 14.05.2016.

КРИВИЧНИ ПОСТУПАК РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ИЗМЕЂУ РЕФОРМЕ И СЛОМА СИСТЕМА ВРЕДНОСТИ

Апстракт: У овом се раду обрађује веза између текуће реформе домаћег кривичног поступка и преображаја темељних принципа континенталноевропске кривичне процедуре. Напуштајући стандардизоване кодове изражавања кривичнопроцесне науке, аутори верују да су пронашли пут за идентификовање главних узрока феномена који истражују. Централну мисао рада представља теза да је процес правне акултурације, оличен у англофилији која се раширила континенталном кривичнопроцесном науком, само одблесак укупне „моралне ситуације“ данашње западњачке културе. Надолазећи сумрак вредности и морала, као и блага покорност друштвеним кретањима и идејама које долазе из других друштвених наука, најпре су довели до „превредновања вредности“ у англо-америчком акузаторском поступку и потом, ланчано, у поступцима континенталноевропских земаља које се окупљају под заставом „западне цивилизације“.

Кључне речи: кривични поступак, превредновање вредности, симулација, правна акултурација.

1. Рађање трагедије

Не верујемо да се варамо кад кажемо да продирање англо-америчких процесних решења у континентално правно подручје представља чин правне акултурације, те да је „велика реконструкција“ континенталноевропског кривичног поступка, која се у наше време може посматрати *in vivo*, последица хегемонистичког положаја који у данашњем глобализованом

* vojadj@prafak.ni.ac.rs

** strahisakov@gmail.com

свету ужива земља порекла изабране процесне парадигме. У рачун још треба узети и да је означена појава само фрагмент једне шире слике. Да би се то разумело, довољно је послушати коментаре разочараних Европљана: „Након рата у Заливу практична и теоријска дрскост Сједињених Држава нема граница. Не треба се чудити томе што Пол Самјуелсон и његове еминентне колеге са Харварда замишљају да боље знају шта одговара Европи – нарочито оној Европи која одговара Сједињеним Државама – него што то знају сами Европљани“ (Lorenso, 2011: 169).

Не може се, дакле, оспорити да је пенетрација англо-саксонских идеја у „староевропске“ процесне системе широм Континента дочекана под соколовском капом некритичности. Али је, како нама изгледа, истинско обожавање англо-америчког поступка, најраспрострањеније у друштвима некадашњег реалног социјализма. Најистакнутије особине тамошње реформације јесу фанатично приближавање акузаторском моделу поступка и одрицање од начела тражења истине. Може бити, примећујемо иронично, да је за ове земље најбољи избор да прихвате нови процесни модел са истим олакшањем и дивљењем са којим примају G.I.¹

Опсервирање стања овог проблема у Србији, које је примарни циљ, започећемо подсећањем да је кривични поступак увек огледало датих друштвених прилика и историјских збивања. А Шопенхаур нас је поучио каква су ствар огледала: ако се у њима огледа какав мајмун, не може из њих назад гледати никакав апостол. То донекле објашњава зашто је и на овом плану код нас ситуација онолико туробнија колико је туробнији шири друштвено-економски контекст. Амбиција да се актуелним прописом унесу суштинске промене, највише изражене у биполарној организацији главне расправе и јавнотужилачком концепту претходног поступка, остала је на нивоу неспретне реплике неколико међусобно антиподних узора. У ствари, домаћи су се реформатори показали као онај Хорацијев грнчар што је замишљао химере, а правио лонце, и потврдили какав је неизмеран размак између познавања туђег права и умења користити се тим познавањем.

Како је, питамо живо заинтересовани, створен овај процесни Франкештајн? Тачан одговор на ово питање мораће да гласи: *пре свега због неразумевања да је за успешно калемљење англо-саксонских изданака на стабло континенталноевропског поступка потребно претходно безусловно прихватање концепције поступка као спора странака*. Једно не иде без другог. Мешавина која другачије настаје неизоставно ће представљати

1 G.I. је скраћеница која се користи за припаднике америчких војних снага или њихову војну опрему.

блок пун напрслина. Домаћи пропис нуди доказе који то потврђују, а овде ћемо размотрити неколико најмаркантнијих:

1) Жанр институционализације сукоба којем припада акузаторски поступак постулира процесну једнакост странака. 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 и ово: како 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. У домаћем поступку, међутим, окривљени је и даље извор информација о кривичном случају. Његово испитивање стварно је језгро доказног поступка, и та радња, *de facto*, обавезна је у обе фазе првостепеног процеса: и у инквизиционој (у фази истраге) и у адверзијалној фази (на главном претресу). Према томе, он је и даље приморан да трпи одређене метаморфозе које га, барем у одређеним сегментима, претварају у „оружје у рукама противника“. Испољавање афинитета према једностраном службеном истраживању истине у моделу поступка који се истине одриче, представља кобну противречност. Оно је реликт схватања по којем кривични поступак стоји у служби моралног васпитавања грађана, због чега дељење правде изискује помно испитивање, а процесне форме морају бити подређене обезбеђивању одлука које су исправне у меритуму.

2) Ехо једностепеног одлучивања још увек одзвања савременим англо-америчким поступком. У Енглеској и њеном прекоморском продужетку никада се нису развили механизми редовног надзора од стране вишег тела, толико значајни за црквену власт и инквизиторски поступак. Дамашка, на пример, указује „да је у Америци, ако је икад и постојао општи политички консензус, онда то била – и можда још увек јесте – одбојност према бирократији, хијерархијској организацији власти и схватању права као техничке дисциплине, дакле одбојност према основним карактеристикама хијерархијског модела“ (Дамашка, 2008: 47). Савремени облици англо-америчког поступка још увек одају атавистичку црту изражену у карактеристичном „сабијању“ процеса на главну расправу, уз коју припремни и жалбени поступак делују скоро декоративно. А управо то омогућује судији да буде пасивни надзорник страначког надметања. Адверзијална расправа у домаћој режији се, међутим, окончава првостепеном пресудом која мора садржати детаљно образложење утврђеног чињеничног стања чију уверљивост преиуспитују

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*. Ево два примера како се ова концепцијска противречност конкретизује: протагонисти процеса су сада ослобођени баласта тражења истине, али је суд, иако је доказна иницијатива на странкама, дужан да потпуно утврди чињенично стање. Међутим, биполарна процесна организација 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 (*Amplius*: Кнежевић, 2012: 213).

3) Централну, господарећу фазу акузаторског поступка одликује висок степен концентracије. Процес се ослања на усмену расправу, сведочење уживо и континуирано трајање. Супротно овоме, инсталирање билатералне методе извођења доказа и радикална промена претходног поступка у нашем процесном закону нису испраћене одговарајућом променом правила о посредном извођењу доказа на главној расправи. Дисхармонију о којој говоримо прегнантно оцртава поднаслов једног научног рада: „Разрушена начела непосредности и контрадикторности а уведена ‘равноправност’ странака“ (Ђурђић, 2014: 278). Стратешка грешка направљена је објавом да је „кривични поступак покренут доношењем наредбе о спровођењу истраге“², 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 целисходно³. 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 тужиоачевог истраживања. Према томе, ова је процедура штедро наградила тужиоца:

2 Чл. 7 Законика о кривичном поступку («Сл. гласник Републике Србије, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014») – у даљем тексту ЗКП.

3 Чл. 295. ст. 2 ЗКП.

резултати које слободно формира без провере долазе на главну расправу на којој имају потенцијалну доказну вредност.⁴ 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.⁵ Пошто се истрага покреће одлуком против које није допуштен правни лек, произлази да овлашћења која није имао у њеном зачињању, суд добија приликом подизања оптужбе (Ђурђић, 2014: 271–285).

4) Инсталирање јавнотужилачке истраге у домаћи процесни закон додало је правној акултурацији још једну комичну фусноту. Прво што пада у очи када се поглед баци на овај модел претходног поступка јесте његова асиметрична структура настала давањем истражног монопола једној странци (јавном тужиоцу) и маргинализовањем противстранке (окривљеног). 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. Није тешко замислити фрустрацију онога који доказне предлоге ставља свом прогонитељу, поготово кад исти има власт да такве предлоге одбије. Не треба заборавити ни да тужилац има право да испитује окривљеног, без обзира на то 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. У оној ситуацији када се на тужилачку истрагу надовезује традиционална главна расправа мешовитог типа, што је, на пример, својствено немачкој процедури, 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 (Roxin, 1998: 88). С том повољном предрасудом о објективном тужиоцу везаном 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

4 Чл. 406. ЗКП.

5 Чл. 337. ст. 3 ЗКП.

истрагу и традиционалну главну расправу мешовитог типа. Према томе, инквизиторска нит испољена у настојању да се по службеној дужности стара и о интересима одбране, а све у циљу утврђивања *истине*, барем привидно обезбеђује органско јединство истраге и главног поступка. Евидентне незгоде и овако обликоване процедуре још се више заплићу са бизарним комбиновањем унилатералне тужилачке 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.

Ето, дакле, како изгледају стазе и путеви којима је принуђен да се креће јунак наредног одељка.

2. Српски Херакле и један „тежак случај“

Српски Херакле није сасвим оригиналан лик: израстао је у судару (наше) збиље са Дворкиновим ловоровим венцем окићеним судијом и дичним представником целе судијске расе. Али пре него што обелоданимо његове људске слабости, дужни смо да коју проговоримо о оригиналу. У основи Дворкинове концепције стоји теорија права као интегритета. Своју идеју он је сликовито приближио примером *романа у ланцу*, где група романописаца пише роман у низу, при чему сваки романописац у ланцу интерпретира поглавља која је добио како би написао ново поглавље, које се тада даје следећем у низу и тако даље (Dvorkin, 2003: 247). Према томе, право као интегритет захтева од судије да себе замисли као аутора у ланцу тог права. Он зна да су друге судије пресуђивале у сличним случајевима и мора да размишља о њиховим пресудама као о делу дуге приче коју мора да интерпретира, а онда да настави да, по свом суду, што боље обликује причу која се одвија (Dvorkin, 2003: 258). Да би изразио ову сложену концепцију, Дворкин је у помоћ позвао Херакла, замишљеног судију са натприродним интелектуалним моћима и стрпљењем, којем је поверио решавање тешких случајева.

Да српски Херакле није јунак пун савршенства и врлина, то је већ напоменуто. Па какав је он? Ако би га морали свести на једну језгровиту формулу која би попут муње осветлила његов карактер, казали би: он је човек који се боји да се на њега не управи дубоко проницљив поглед, он се боји да свој проницљив поглед на штогод управи, он воли да, не мислећи,

преко свега прелети очима. Не може се затајити ни да овај Херакле верује да громове пушта извршна власт, а не Јупитер. Читаоцу неће бити излишно да зна да разматрања из првог наслова за нашег Херакла представљају несхватљиву трансценденталну тајну. Његова перцепција изнетог је перцепција становника Платонове пећине. Ради се о оној шпиљи која има отвор према спољњем свету, али су они који се у њој налазе окренути према зиду тако да не виде друге људе и предмете већ само сенке. Ако би се ко и ослободио, и заслепљен светлошћу погледао стварне облике чије је сенке раније гледао, њему би сенке изгледале стварније од реалних ствари. Тако српски Херакле заувек остаје на нивоу нагађања (εἰκασία), опажајући само сенке стварности и слушајући само одјеке истине. А ако би неко из спољњег света, на пример ми, покушао да уздрма Хераклово поверење у свет сенки, само би себе учинио смешним у његовим очима и ништа друго.

Пред тог и таквог Херакла искрсао је следећи „тежак“ случај: лица *A* (пословођа), *B* (заменик пословође), *C* (радник), *D* (радник) и *E* (радник) су окривљена да су направила мањак, односно да су поткрадали једно правно лице, присвојивши износ од око 2.000.000 динара, и тако извршили кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234, ст. 3 КЗ. Окривљени су саслушани у истрази: лице *A* је порицало кривицу, лице *B* је изјавило да је у договору са лицима *C* и *D* вршило поткрадање, лице *C* је изјавило да је заједно са *B* и *D* поткрадало, лице *D* је изјавило да је поткрадање вршило паралелно: део новца је присвојен у договору са лицем *A*, а део у договору са лицем *B*, лице *E* је порицало кривицу и није теретило друге окривљене. Нико од саокривљених није оптуживао лице *E*. Важно је напоменути и да су једини расположиви докази евидентно постојање мањка и искази осумњичених. Пре отварања главног претреса лица *B*, *C*, *D* и *E* су са тужиоцем склопила споразум о признању кривице. Договор је, у тужиочевом аранжману, направљен овако: противправна имовинска корист (чија висина представља квалификаторну околност) произвољно је разбијена на два дела – лица *B*, *C* и *D* су осуђена да су заједно са лицем *A* присвојила суму од 1.450.000 дин, док је лице *E* осуђено да је заједно са лицем *A* присвојило око 600.000 дин. Тако су актери у „правној мењачници“ награђени блажом квалификацијом дела,⁶ а заузврат су терет кривице свалили на јединог саоптуженика који је нагодбу одбио, иако то током истраге нису чинили. Епилог је, дакле, следећи: пред суд је изведено само

6 Чл. 234, ст. 2 Кривичног законика Србије («Сл. гласник Републике Србије», бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014) – у даљем тексту КЗ.

лице А, под оптужбом за најтежи облик овог кривичног дела⁷ и учествовање у противправном присвајању целокупног мањка.

На расправи, Херакле је одбио предлог окривљеног да као сведоци буду саслушана првобитно оптужена лица која су се нагодила с тужиоцем, с образложењем да се окривљени према којима је пресуда постала правоснажна не могу испитивати као сведоци будући да је интенција законодавца да се у таквим процесним ситуацијама избегне дуплирање процесних улога (и окривљени и сведок).⁸ Шта је тиме постигнуто? Прво, лица која једина имају сазнања о догађају који је предмет суђења неће се ни појавити на главном претресу. Друго, пресуђивач ће остати ускраћен за непосредан утисак о вредности ових доказних средстава. И најважније, окривљеном ће се ускратити право да се лицем к лицу сретне с онима који су га после трговине с тужиоцем оптужили. Не може бити сумње да је Хераклов став дубоко погрешан. Јер, ако закон допушта да се у одређеној ситуацији *могу* прочитати раније дати искази, то никако не значи да се у истој ситуацији *не може* вршити саслушање него се искази *морају* читати. Тим пре што у срцу биполарно организованог главног претреса стоји принцип непосредности. Пошто је судија посматрач страначког двобоја, он суд о победнику мора формирати на темељу сопствених утисака, а не посредним информисањем. Зато је за овакву врсту процедуре читање записника са исказима сведока права јерес, и избегава се кад год је то могуће. Херакле је, међутим, норму „суд може“ узео у облику „суд ће“, што је недопустиво.

Али резонување које је Херакле испољио има своју историју и корене. Несрећни положај у којем се налази (εἰκασία) осујетио га је у спознаји да је са правном акултурацијом образац на који је свикао – а који је почивао на монистичком концепту (види: Ђурђић, Трајковић, 2013: 117–119) да „чињенично стање утврђује само суд који доноси одлуку и да је оно садржано једино у његовој одлуци“ (Grubiša, 1982: 101) – у ствари нестао. У међувремену је тријумфовала *плуралистичка концепција* која „указује на плуралитет истина у судском поступку те на потребу тесне кооперације процесних субјеката (по својој спознајно-теоријској позицији координираних, а не суб/суперодинираних)“ (Uzelac, 1997: 150). Рефлексно и по инерцији, Херакле се и у новим околностима ухватио за стару формулу начинивши од себе лаку мету за критичаре. Јер, „теза да је суд једини субјект утврђивања истине нужно води до заступања официјелности и истражне максиме у судском поступку“, што нас неизоставно ставља

7 Чл. 234, ст. 3 КЗ.

8 Са седнице Кривичног одељења Врховног касационог суда одржане 13. 5. 2014. године, на којој су дати одговори на спорна правна питања нижестепених судова

„пред следећу дилему: или да заступајући начело тражења (материјалне) истине заступамо и појачане инквизиторске елементе, или да се у име диспозитивности и акузаторности одрекнемо начела (материјалне) истине” (Uzelac, 1997: 153). И још горе, испада да Херакле стварно верује у догму, злонамерно инпутирану процесуалистичком стајалишту,⁹ о постојању само једне истине која се може изразити у само једном облику. Зато се критичари не устручавају да манифестованом Херакловом држању придају следеће значење: *а) утврђивање чињеничног стања, дакле дохватање истине у судском поступку, ствар је специјалиста, а не „лаика” или „сваког разборитог човека”, 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 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* (Uzelac, 1997: 153).

И тако је несрећни Херакле денунциран да се клања химерама некадашњих совјетских аутора (да је кривични поступак могуће устројити тако да се у њему проналази апсолутна истина), иако је само наивно пожелео да спречи да се исти историјски догађај различито реконструише у више судских одлука.

3. Превредновање вредности и губљење равнотеже

Али откуда то да закон и судија, како су овде представљени, уопште постоје? Њих је изнедрио дух времена у којем се уништава стари и ствара нови поредак вредности. Зато овај проблем треба сагледавати у ширим оквирима. Најчешће име за процес разградње утврђених вредности (види: Трајковић, 2012: 212) јесте *постмодернизам*, стил мишљења који препоручује „да слаavimo разлику, плуралитет, шарену и пегаву природу наших култура” (Иглтон, 1997: 47), док свет види као непредвидив, дивергентан, нестабилан и неодређен – што рађа скептицизам у односу на објективност и истину (Иглтон, 1997: 5). Постмодернизам једноставно верује да не постоје поуздани критеријуми за градирање вредности. Свако

⁹ У процесноправном смислу утврдити чињенично стање 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. 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.* (Видети о томе: Grubiša, 1982: 96).

вредносно становиште, дефиниција или образац, доводи се у питање и различито се интерпретира. *Пут од једне интерпретације ка другој, а не пут од грешке ка истини, суштина је постмодернизма* (Видети: Бауман, 1994: 338). Или, да употребимо Будонову кованицу, данашњи свет вредности представља једну врсту „менталног сваштарења (Budon, 2005: 50).

Вирусом постмодернизма инфициран је и судски поступак. *Процес „превредновања вредности“ представља доминантну тенденцију у кривичном процесном праву западног правног круга (којем припадају и англо-амерички и мешовити континентални поступак) и последица је једних истих, напред оцртаних друштвених кретања. У новим условима стари оријентираи заказују, и више нису у стању да помогну при избору најбољег циља кривичног поступка, а камоли да укажу на најбољи пут да се до њега стигне. Ствара се нова мапа вредности на којој мање него икада раније постоји „датост“, а још мање „једно и засвагда датост“. У одсуству скале вредности, све постаје легитимно. Када се, дакле, критеријуми за упоређивање вредности једном доведу у питање, тешко је објаснити зашто би се при моделирању кривичног поступка радије определили за процесне облике које поспешују проналажење тачног резултата него за оне коју омогућавају најбржи и најекономичнији пут до окончања процеса, или обрнуто.*

О процесу превредновања вредности најбоље сведоче седименти које је иза себе оставила еволуција англо-америчког поступка. Вековно удовољавање импулсима материјалне правде и правичности, приврженост здраворазумском одлучивању, сензибилитет за детаље конкретног случаја, веровање у импикабилитет одлуке дванаест просветљених људи, постепено је замењено оваквом објавом: „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“ (Цитирано према: Даташка, 2001: 3). Додатне доказе нуди генеалогичка страначких нагодби у САД. Године 1865. од Врховног суда чујемо следеће: „Овакав случај је без преседана у нашој историји. Непримерено је тужиоцу и његовој функцији да се нагађа, договара и преговара са окривљеним како би овај признао кривицу. Његов задатак је управо супротан – да пред поротом докаже кривицу окривљеног“ (Цитирано према: Alschuler, 1979: 23). Исти разлози поновљени су и деценију 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“ (Alschuler, 1979: 24). Скоро сто година после, овај суд је још увек сматрао да „правда и слобода не могу бити предмет преговарања и продаје“. ¹⁰ Али на истеку шесте декаде прошлог века и Адвокатска комора САД и Комисија за кривично право су поверовале да је давање легитимитета споразуму о признању кривице лек за неефикасно америчко правосуђе. Врховни суд је прихватио сугестију и одмах потом апеловао да се предмети решавају нагодбом странака јер би у супротном држава морала утростручити правосудни буџет и број судија .

Процес промене мерила за упоређивање вредности најпре се јавио у акузаторском поступку јер су погледи на свет и метанарације које су прожете појмовима плурализма и релативизма рођене на подручју важења англо-америчког поступка. С друге стране, инквизиторски принципи мешовитог поступка су били снажнији, слабије савитљиви и стога отпорнији на промене. А „свако је уређење“, како вели Диркем, „препрека преуређењу, и то утолико више што је првобитно уређење постојаније“ (Dirkem, 2012: 87). *Тек је текућа правна акултурација срушила последње бране превредновању вредности и у континенталном поступку.*

Које су последице превредновања вредности? *Најистакнутију представља одрицање од класичне концепције по којој је процедура трагање за истином, а правда се њеном неодрживошћу у условима прекомерне комплексности друштва. Модерним друштвима су недостижни тако високи циљеви који подразумевају да одлуке задобијају легитимитет исправношћу (истинитошћу, праведношћу) свог садржаја. Шта је онда алтернатива? Пошто је створен амбијент у којем се питање истине уопште не може више поставити, јер ништа више није погрешно, али ни истинито, јасно је да алтернативу представља симулација. Јер симулација је, како каже Бодријар, „узајамна неутрализација истинитог и погрешног“ (Bodrijar, 1998: 27). Према томе, функција је поступка да имитирањем тражења правде служи стабилности политичког система. Постмодерни поступак је илузија створена како би заварала јавност, при чему јавност није на то пристала. Његова главна функција је да се спор оконча,¹¹ незадовољство специфицира и уситни, а протест апсорбује.*

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

11 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*. 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.

Да би прегнантније приближили ефекте симулације, искористићемо једну Бодријарову параболу. Византијски иконопоклонци су сматрали да представљају Бога да би увећали његову славу, а заправо су, по Бодријару, симулирајући Бога у сликама прикривали проблем његове егзистенције. „Иза сваке од тих слика, Бог је нестао. Није био мртав, већ је нестао. А то значи да се сам проблем више није постављао. Био је решен симулацијом“ (Bodrijar, 1998: 15). Вратимо ли се на терен права, *лако ћемо увидети да је улога византијских слика додељена идеологији о правичном процесу, која је основно средство симулирања тражења правде у кривичном поступку.*

Како смо уронили у илузију? Нужан услов је да се легитимитет дефинише као генерализована спремност да се унутар одређених граница толеранције прихвати још неодређене одлуке (Luman, 1992: 44). 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 (Luman, 1992: 43–44). Потом је неупходно неутралисати нестабилности које настају због тога што се према истој ситуацији једни (суд) односе шаблонски, док је за друге (странке) она изузетан доживљај. Зато се мора инсистирати на рутинском, безличном опхођењу „случајем“ како би се одлука приказала као закључак изведен из факата и норми. То одређује начин на који је треба припремити и на који за њу треба припремити учеснике: с одлуком се мора поступати као са нечим што је већ фиксирано, али још није познато (Luman, 1992: 102–103). И не треба се чудити, уверава Луман, што је у јавности проширена негативна стереотипна слика правника и судије. „Она представља релативно нешкодљив вентил. Поступци не стварају само трајне 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“ (Luman, 1992: 106). А најважније у том имитирању јесте да се неизвесност о томе како ће се поступак завршити, која представља мотор који покреће процес, негује и одржава у животу 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. Дакако, 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 несаучесничко суделовање публице у њему, битно је да буде јаван. Притом је важна приступачност, а не толико и актуелна присутност, истинско одлажење и посматрање поступка. Довољна је општа и неодређена спознаја да се такви поступци стално одвијају и да се, уколико постоји потреба, свако може о њима информисати. 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 (Luman, 1992: 115).

Преостаје само једна неизвесност: до које мере се илузија може умножавати и репродуковати пре него што поступак изгуби сваки смисао?

4. Закључак

Правна акултурација, превредновање вредности и симулација термини су без којих се, по нашем суду, не може водити било каква озбиљнија расправа о проблемима модерне кривичне процедуре. Процес преиначења мешовитог кривичног поступка, изазван пенетрацијом англо-америчких процесних решења, представља чин *правне акултурације*. Она је пак одблесак духа времена у којем се уништава стари и ствара нови поредак вредности. Најистакнутије последице *превредновања вредности* јесу: а) одрицање од класичне концепције по којој је процедура трагање за истином и б) проналажење уточишта у *симулацији*: функција постмодерног поступка ограничава се на то да имитирањем тражења правде служи стабилности политичког система, док се као оруђе за стварање ове илузије користи идеологија о правичном процесу.

На крају, изражавамо уверење да су нас увиди до којих смо дошли оспособили за оно што мислимо да учинимо у наставку овог рада који следује: покушаћемо да изложимо ново гледиште на развој кривичне процедуре, другачије или чак супротно од оног које је данас свуда заступљено.

Литература

- Alschuler, A.W. (1979). Plea Bargaining And Its History. *Columbia Law Review*. Vol. 79(1)
- Бауман, З. (1994). Модернитет, постмодернитет и етика, Трећи програм Радио Београда. 100
- Bodrijar, Ž. (1998). *Savršen zločin*. Beograd: Beogradski krug
- Budon, R. (2005). *Imoralizam*. Podgorica: CID
- Damaška, M. (2008). *Lica pravosuđa i državna vlast – Usporedni prikaz pravosudnih sustava*. Zagreb: Nakladni zavod Globus
- Damaška, M. (2001). *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu
- Dvorkin, R. (2003). *Carstvo prava*. Beograd: Filip Višnjić
- Dirkem, E. (2012). *Pravila sociološke metode*. Novi Sad: Mediterran publishing
- Grubiša, M. (1982). *Što znači u procesnom pravnom smislu utvrditi činjenično stanje (činjenice) i tko ga utvrđuje u krivičnom postupku*. Naša zakonitost. 6
- Ђурђић, В. (2014). Кохеретност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка. *Зборник „Право и друштвена стварност“*. Косовска Митровица: Правни факултет Приштина
- Ђурђић, В. Трајковић, М. (2014). О истини у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 65. 11–127
- Иглтон, Т. (1997). *Илузије постмодернизма*. Нови Сад: Светови
- Кнежевић, С. (2012). Начело расправности у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 62. 207–218
- Lorenzo, E. (2011). *Razočarana Evropa*. Novi Sad: Mediterran publishing
- Luman, N. (1992). *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Naprijed
- Roxin, C. (1998). *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, Munchen: Verlag C.H.Beck
- Трајковић, М. (2012). Вредносна „метармофоза“ права, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 63. 207–216
- Uzelac, A. (1997). *Istina u sudskom postupku*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu