

# ČLANCI



Dr. sc. dr. h. c. Mirjan Damaška\*

## O NEKIM UČINCIMA STRANAČKI OBLIKOVANOG PRIPREMNOG KAZNENOG POSTUPKA

*Postoji mnogo razloga zbog kojih se reformatorima kontinentalnog kaznenog postupka prijenos procesne inicijative sa suda na stranke čini privlačnim. No, trebaju znati da će uspjeh reformi manje ovisiti o atraktivnosti odredbi stranački strukturiranog postupka nego što im se to sada čini. Ponajprije, učinkovito vođenje takvog tipa kaznenog postupka traži promjene u shvaćanju o procesnim ulogama njegovih sudionika: npr. ako se sucu djelomice oduzme uloga utvrđivača činjenica, što je tradicionalno njegova procesna zadaća, a zadrži odgovornost za presudu, neizbježno će zapasti u mentalnu nelagodu. Također, u takvom tipu postupka branitelj preuzima značajne istražne zadaće, pa se kao odvjetnik, radi uspješnog obavljanja posla, mora ograničiti na mali broj važnih slučajeva. I dinamika stranački strukturiranog postupka traži od državnih odvjetnika da više i češće nego do sada obnašaju "čistu" ulogu stranke, a ne objektivnog zastupnika državnih interesa. Osim toga, stranački strukturiran kazneni postupak proizvodi neke negativne socijalne učinke, kao što je okolnost da se samo bogati okrivljenici mogu u cijelosti poslužiti prednostima koje su im normativno osigurane kao protustranci državnog odvjetnika, a asimetrija siromašnih u tom pogledu ne može se otkloniti sudačkim intervencijama u njihovu korist. Autor u članku поближе razmatra te i takve malo vidljive strane stranački strukturiranog kaznenog postupka u cilju da reformatorima kontinentalnog postupka pruži bolje uvide u prednosti i nedostatke odluke o njegovu napuštanju i približavanju prvospomenutome.*

### I.

Kao što je poznato, u kazneno pravosuđe mnogih kontinentalnoeuropskih zemalja uneseni su, ili se unose, adaptirani oblici stranačkog postupka čiju je izvornu varijantu iznjedrila anglo-američka pravna kultura. Do preuzimanja

---

\* Dr. sc. Mirjan Damaška, Sterling Professor of Law, Yale Law School. Tekst rada je prošireno i dopunjeno izlaganje profesora Damaške članovima radne skupine Ministarstva pravosuđa RH za izradu ZKP-a, održano 19. lipnja 2007.

tih oblika došlo je ponajprije na glavnoj raspravi, ali se kasnije ta pojava proširila i na prethodni postupak, koji je u tradicionalnom kontinentalnom pravosuđu “mješovitog tipa” stvarno, iako ne i formalno-pravno, njegova duša. Ima mnogo razloga za to odstupanja od kontinentalne procesne predaje. Nema, na primjer dvojbe da su neke teoretske postavke stranački oblikovanog postupka – a posebno politička ideologija kojom se te postavke često podupiru – privlačnije od tradicionalnih kontinentalnih alternativa.<sup>1</sup> Tu je privlačnost posebno lako razumjeti kod pravnika koji su na svojim leđima iskusili ekscese autoritativnih i totalitarističkih kontinentalnoeuropskih režima. Nema sumnje ni u to da je stranački oblikovani postupak življi i dramatičniji od onog koji se oslanja na uređivanje državnih organa, pa se stranačkim postupkom prvenstveno bave, a time ga i promiču, utjecajni masovni mediji. Ne treba se stoga čuditi da je odnedavna uvođenje stranački oblikovanih formi kaznenog postupka postalo nekom vrstom mode u zemljama kontinentalne Europe.

Malen je, međutim, broj procesnih reformatora koji su pobliže upoznati sa stvarnim funkcioniranjem, a posebno s društvenim implikacijama, kaznenih postupaka koji su dosljedno oblikovani u stranačkom stilu. Skloni su previdjeti posljedice do kojih ti postupci dovode kad se njihove teoretske postavke i na njima zasnovan normativni program provedu u život. Naivno je, naime, misliti da stranački oblikovani propisi nemaju problematičnih strana, pa i svojih patologija – djelomično baš zbog toga što prebacuju mnogobrojne procesne aktivnosti sa suda na procesne stranke. Općenito govoreći, poredba domaće sa stranim pravosudnim sustavima koji su poznati uglavnom kroz propise doводи do opasnosti da se realno doživljeno domaće pravosuđe uspoređuje s pukim normativnim aspiracijama stranoga. Stoga lako nastaju neopravdana očekivanja koristi od preuzimanja tuđih postupovnih formi. Trava u susjedovu dvorištu može izgledati zelenijom od naše i kad ona to nije.

Žele li kontinentalnoeuropski zakonodavci izbjeći da povodjenje za anglo-američkim procesnim propisima dovede u praksi do razočaranja, oprez nameće potrebu da prikupe podatke o širim učincima dosljedno provedenog stranačkog kaznenog postupka te da te podatke usporede s efektima njegova kontinentalnoeuropskog antipoda. Tu je od posebne važnosti ne gubiti iz vida da dosljedno proveden stranački postupak zahtijeva korekcije duboko ukorijenjenih shvaćanja kontinentalnih procesnih sudionika o njihovim ulogama, rutinskom djelovanju i međusobnim odnosima. Realno gledano, uspjeh zakonodavnih reformi podrazumjeva adaptaciju stvarnog ponašanja procesnih sudionika novim normativnim okvirima, a ishod te adaptacije može dulje vremena biti neizvjestan.<sup>2</sup> Ako se usvoje propisi o stranačkom oblikovanju

---

<sup>1</sup> O toj ideologiji vidi Mirjan Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, 71-77 (1986).

<sup>2</sup> U jednom prijašnjem napisu pokušao sam probleme te adaptacije ilustrirati na primjeru talijanskih reformi kaznenog postupka iz osamdesetih godina prošlog stoljeća. Vidi M.

postupka, a tradicionalna shvaćanja i rutinsko ponašanje procesnih subjekata ostaju po starom, postupak kao normativna partitura i postupak kao živuća društvena praksa dolaze u raskorak: presađeno i naslijeđeno sukobljuju se i međusobno sabotiraju.<sup>3</sup>

Mogućnost prijelaza na stranački oblikovani postupak ispituje se, eto, i u Hrvatskoj. No, tu se pod stranačkim oblikovanjem razumijeva uglavnom ukidanje tradicionalne službe istražnog suca, ali ne i ukidanje istražnog monopola državnih službenika – što bi zahtijevalo dosljedno provođenje stranačke procesne koncepcije. Bilo bi s moje strane neumjesno da se upustim u nagađanje je li taj reformski zahvat u hrvatsko kazneno pravosuđe poželjan. Zbog dugog izbjivanja iz domovine nisam kadar ocijeniti jesu li teškoće do kojih bi djelomično zamišljene reforme mogle dovesti ozbilnije od onih kojima hrvatski reformatori žele stati na kraj. Namjera napomena koje slijede ne prelazi stoga pokušaj doprinosa boljem razumjevanju nekih učinaka stranački oblikovanog pripremnog postupka koji nadmašuju njegovu pravnotehničku dimenziju s kojom su hrvatski reformatori najbolje upoznati. Hoće li se neki od tih učinaka očitovati već i pri djelomično zamišljenoj reformi – iako u manjem intenzitetu – pitanje je koje ostavljam po strani. Cilj mi je samo da dadem svoj doprinos tome da eventualna odluka o napuštanju hrvatske procesne tradicije bude donesena na osnovi realistične procjene prednosti i nedostataka alternativnih uređenja kaznenog postupka.

No tu moram odmah postaviti još jednu ogradu. Bavit ću se efektima radikalno stranački oblikovanog pripremnog postupka u njegovoj anglo-američkoj varijanti. Budući pak da su efekti tog postupka uvjetovani osebjnostima anglo-američkog pravnog i društvenog ozračja, jasno je da se neki od njih ne bi pojavili u specifičnom ambijentu hrvatskog pravosuđa, čak i kad bi hrvatski reformatori – poput talijanskih – težili čistijim stranačkim procesnim oblici-

---

Damaška, Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji, 13 Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 3-16 (2006).

<sup>3</sup> Poučan primjer kako tradicionalna shvaćanja o procesnim ulogama utječu na primjenu procesnih propisa jest različit pristup raspravnih sudaca Haškog tribunala dokaznom postupku. Dok se suci koji potječu iz zemalja kontinentalnoeuropske tradicije bez rezervi upleću u ispitivanje svjedoka, njihovi kolege iz anglo-američkih država smatraju tu aktivnost nepoželjnom ili čak neumjesnom, pa se od nje suzdržavaju. Iste norme o utvrđivanju činjenica primjenjuje se na različit način: *eadem sed aliter*. Koji je razlog toj pojavi? U kontinentalnoj Europi suci su još u kasnom srednjem vijeku postali istražitelji, odgovorni za utvrđivanje činjenica. *Ventilatio veritatis* postala je još u tom periodu njihova glavna zadaća. Tome nasuprot, u Engleskoj se u isto vrijeme iskristalizirala uloga porote kao donositelja odluke. Odgovornost i teret utvrđivanja činjenica prebačena je time sa suca na presuđivače-laike. Zato se u procesima koji se zasnivaju na engleskoj pravnoj tradiciji i moglo razviti stajalište da je bit sudačke funkcije nadzor nad odvijanjem spora stranaka. Budući pak da tu na strankama leži teret dokaza, sudačko upletanje u utvrđivanje činjenica može lako ispasti kao pomoć jednoj ili drugoj strani u snošenju tog tereta.

ma. No i pored svih neizbježnih razlika, nadam se da će hrvatskim pravnicima moje izlaganje dati neke ideje o mogućim posljedicama zamišljenih reformnih zahvata.

## II.

Početno je pitanje u kojoj se mjeri naslijeđeno ponašanje procesnih sudionika, kao i njihovo shvaćanje vlastitih procesnih uloga, moraju promijeniti kako bi se ostvario sklad s propisima o dosljedno stranački oblikovanom pripremnom postupku. Tu treba uzeti u obzir da ti propisi zahtijevaju više od ukidanja funkcije istražnog suca. Ako se, naime, provedba istrage povjeri javnom tužitelju, logika stranačkog postupka zahtijeva da se i obrani dopusti samostalno prikupljanje dokaza, a ne da se ona – iako je druga strana u kontradiktornom postupku – ograniči na stavljanje dokaznih prijedloga i druge oblike sudjelovanja u istrazi svoga procesnog protivnika.

Te su promjene u ponašanju i percepciji uloge najočitiije kod okrivljenikovih odvjetnika u vezi s vođenjem “privatnih” izvida kao protutezi istrazi javnog tužitelja. Kako ti izvidi izgledaju, dobro se vidi na primjeru opsežne djelatnosti hrvatskih advokata koji sad zastupaju optuženike pred Haškim tribunalom za ratne zločine.<sup>4</sup> Zbog zahtjevnosti tih izvida obrane, vrlo je vjerojatno da bi se pri prijelazu na dosljedno proveden stranački pripremi postupak, a kao pomoć u provedbi tih aktivnosti, i u Hrvatskoj razvila praksa angažiranja privatnih istražitelja – dakako, pod uvjetom da okrivljenik ima na raspolaganju potrebna financijska sredstva.<sup>5</sup> U prilog oslanjanju na privatne detektive govori ne samo iskustvo anglo-američkih kaznenih postupaka nego i praksa reformiranog talijanskog pravosuđa. Daljnja predvidiva posljedica jest da bi se odvjetnici morali organizirati da simultano rade samo na vrlo malom broju predmeta. Shvaćen ozbiljno, gotovo svaki kazneni predmet iziskuje, naime, potragu za obrambenim dokazima, a ta potraga u pravilu oduzima mnogo vremena.

S tim u vezi postavlja se pitanje može li se provedba privatnih advokatskih izvida učinkovito regulirati procesnopravnim propisima. Iskustvo zemalja u kojima se ti izvidi vode pokazuje da je, na primjer, iluzorno oslanjati se na zabranu postavljanja sugestivnih pitanja ili zabranu pripremanja nekih ključnih svjedoka za “nastup” na raspravi. Umjesto procesnopravnih izbijaju stoga u prvi plan profesionalno-etički problemi, mnogo složeniji od onih koji se javljaju u zemljama u kojima je istražna djelatnost odvjetnika skućena.

---

<sup>4</sup> Pripremi postupak tog sudišta, naime, dosljedno je uređen u duhu stranačkog postupka. Aktivnost predraspravnog suca ne svodi se na istražnu djelatnost.

<sup>5</sup> O financijskim implikacijama bit će riječi kasnije.

Pomislite samo na slučaj branitelja koji pri provedbi privatnih izvida naiđe na dokaz o klijentovoj krivnji. Što mu je raditi u toj situaciji? Otkriti te dokaze sudu ne dolazi u obzir – barem ne u liberalnodemokratskim državama. Odbiti daljnje postupanje u predmetu, ili pasivnost branitelja u daljnjem iznalaženju i izvođenju dokaza, nije također zadovoljavajuća alternativa, jer se u sustavu u kojem obrana izvodi dokaze – kako u pripremnom postupku, tako i na raspravi – to ponašanje branitelja može lako protumačiti kao indicij klijentove krivnje. Nastaviti pak s obranom te izvoditi obrambene i osporavati inkriminirajuće dokaze ispada kao namjerni doprinos formiranju neispravne presude.<sup>6</sup>

Što se javnog tužitelja tiče, izgleda u prvi mah da usvajanje stranački oblikovanog pripremnog postupaka ne izaziva promjene u njegovim stajalištima. Budući da je on ne samo stranka nego i državni organ usmjeren na donošenje ispravne odluke, izgleda da bi on s približno istom brigom kao i u postojećem sustavu istraživao kako optužne tako i obrambene hipoteze. No ako je strano iskustvo iole mjerodavno, ispada da bi s uvođenjem privatnih izvida u tužiteljstvu ponašanju osjetno ojačala stranačka komponenta. Kad je, naime, javni tužitelj svjestan da obrana vodi paralelene izvide te da ga na raspravi očekuju od protustranke orkestrirani protudokazi, ne postaje mu lako oduprjeti se stranačkim impulsima koji su snažniji od onih koji postoje i kod nestranački organiziranog pripremnog postupka.<sup>7</sup> Toj je svojevrsnoj dinamici lako pronaći uzrok. U neizrečenim epistemološkim temeljima stranački oblikovanog postupka nalazi se, naime, pretpostavka da istina proizlazi iz sukoba dvaju stranačkih vektora. Ako se sad javni tužitelj drži nepristrano, a obrana postupa pristrano i pretjeruje, rezultanta tih dvaju suprotstavljenih vektora pomiče se u prilog obrane.<sup>8</sup> Da uspostavi za utvrđenje istine povoljnu ravnotežu, u tužitelja gotovo instinktivno jača stranačka orijentacija.

Promjene, iako suptilnije naravi, treba očekivati i u ponašanju svjedoka. Istina je da se i u postupcima koji se svode na uredovanje državnih organa govori o svjedocima optužbe i obrane. No u sustavu dosljednije stranački or-

---

<sup>6</sup> U kaznenim postupcima u kojima je težište izvođenja dokaza na državnom organu, etičke su dileme branitelja mnogo blaže. Nije stvar samo u tome da ima manje prilike uvjeriti se u klijentovu krivnju. Sve kad je u nju i uvjeren, lakše mu je ostati pasivan pri izvođenju dokaza. Težište dokazne aktivnosti na državnom je organu, pa je iz braniteljeve suzdržanosti teže izvesti za branjenika pogubne zaključke.

<sup>7</sup> O blažim oblicima tog impulsa u njemačkom postupku, koji je očito bliži idejama hrvatskih reformatora, vidi *Brigite Kelker*, Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Starverfahren, 118 ZStW 389, 422 (2006). O izraženoj stranačkoj orijentaciji američkih tužitelja vidi *S. Z. Fisher*, In search of virtuous prosecutor, 15 Am. J. Crim. L. 197 (1988); *D. Brown*, The Decline of Defense Counsel, 93 Calif. L. Rev. 1585, 1597 (2005). Općenita proklamacija o ulozi javnog tužitelja nalazi se u presudi Vrhovnog suda SAD *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 14 (1948).

<sup>8</sup> Ta se stranačka orijentacija javnog tužitelja očituje poglavito u vezi s problemom izmjene informacija do kojih su stranke došle tijekom respektivnih istraga. O tom će problemu biti riječi dalje u tekstu.

ganiziranih pripremnih postupaka, izraženija polarizacija koja iz te organizacije proizlazi pridaje tom razlikovanju dublje značenje. Tu postaje neizbježno tješnje povezivanje stranaka s njihovim dokaznim sredstvima. Samo je po sebi razumljivo da uvođenje privatnih istraga podrazumijeva zabacivanje tradicionalnog kontinentalnoeuropskog stajališta da je ispitivanje potencijalnih svjedoka od strane advokata protivno advokatskoj etici te da se približava kažnjivoj djelatnosti ometanja pravosuđa.<sup>9</sup> Branitelju se ne može zabraniti da se sastaje s osobama koje namjerava pozvati na sud kao “svoje” svjedoke, pa se slijedom tih kontakata – posebno ako su učestali – kod određenog broja svjedoka razvijaju osjećaji solidarnosti s obranom. Za neke se čak može reci da se počinju osjećati kao članovi obrambenog tima. Američka forenzična psihologija otkrila je tu tendenciju navlastito kod vještaka, čije se imenovanje i pripremanje u izrazito stranački oblikovanim pripremnim postupcima uglavnom prepušta strankama.<sup>10</sup>

Ne smije se previdjeti i to da stranački oblikovani pripremnii postupak iziskuje promjene i u ulozi suca koji sudjeluje u pripremnom postupku. Nije stvar samo u tom da mu reforma u većoj ili manjoj mjeri oduzima tradicionalnu ulogu istražitelja. Postavljen mu je i nov zadatak da prije rasprave organizira izmjenu informacija i dokaza što su ih stranke prikupile svojim paralelnim istraživanjima. To pak nije nipošto laka “menadžerska” zadaća. Teško je privesti suradnji osobe koje se spremaju za sukob oprečnih činjeničnih hipoteza na raspravi, pa su stoga nesklone “otkriti karte” prije tog odlučujućeg procesnog stadija. Njihove međusobne izvještaje možete uredno slagati poput pločica domina, ali će one često klepetati kao mrtva kost.

### III.

To me privodi da kažem nekoliko riječi o dužnosti optužbe i obrane da razmijene prikupljene informacije. Ta je razmjena tipična za liturgiju stranački oblikovanog pripremnog postupka, jer bez nje ne bi bilo moguće osigurati kontinuirano odvijanje glavne rasprave. Kad te razmijene ne bi bilo, obrana bi često tek na raspravi otkrila koje je podatke morala prikupiti prije – to jest u istrazi – a isto bi se često događalo i javnom tužitelju. Tome nasuprot, u sustavima gdje postoji iscrpna neutralna istraga, obrani može biti dovoljno da joj se prije njezina završetka u primjerenom roku dopusti uvid u spis predmeta.

---

<sup>9</sup> Vidi o tom *Schlesinger, Baade, Damaška i Herzog*, *Comparative Law*, str. 423 (5. izd. 1988.).

<sup>10</sup> Izrada vještakova mišljenja često zahtijeva opsežne pripreme, a time i mnogobrojne kontakte vještaka s braniteljem. Vidi *Samuel Gross*, *Expert Evidence*, 1991 Wisconsin L. Rev. 1113.



Stoga se na tu razmjenu u dosljedno provedenom stranački oblikovanom postupku može gledati kao na funkcionalni nadomjestak za uvid u istražni spis, koji u tom okolišu ne pruža više iscrpne informacije o dokazima koji će biti izvedeni na glavnoj raspravi.

Nerealno je, naime, očekivati da će razmjenom informacija stranke dobiti jasnu sliku o rezultatima izvida protustranke. Jedan od razloga za to jest da potencijalni konkurenti nastoje formulirati informacije do kojih su došli što sažetije – posebno kad je riječ o sadržaju iskaza potencijalnih svjedoka. Mnogi aspekti “izmijenjenih informacija” ostaju stoga u pogledu važnih detalja nepoznati sve do njihova izvođenja na glavnoj raspravi. Drugi je razlog za nepotpunu sliku o stanju dokaza da stranački oblikovani postupci ne zahtijevaju razmjenu svih prikupljenih informacija. To posebno vrijedi za obranu.<sup>11</sup> Treći je razlog u tom da su i optužba i obrana sklone odugovlačenju s ispunjenjem svojih obveza međusobnog izvještavanja, i to zbog već spomenute bojazni da bi ranim otkrivanjem vlastitog “slučaja” mogle poboljšati izgled procesnog suparnika na uspjeh. Pa iako je za to otezanje u stranačkim postupcima nekih država predviđena zabrana da se nepravodobno otkriven dokaz upotrijebi na raspravi, rijetki su slučajevi da sud posegne za prekluzijom kad god postoji opasnost da bi ona mogla dovesti do neispravne presude.<sup>12</sup>

Iz izloženog proizlazi da pri prijelazu na sustav paralelnih potraga za dokazima treba očekivati da će se u praksi pojaviti mnoštvo pravila s ciljem da se stranke privedu maksimalno mogućoj, iako nevoljknoj, suradnji. No i usprkos tim pravilima, treba očekivati mnogo veću mjeru izvornog izvođenja dokaza na raspravi nego što je slučaj na tradicionalnim kontinentalnoeuropskim raspravama kojima prethodi metodička i iscrpna službena istraga.<sup>13</sup> No tu veću inventivnost i živost rasprave koja se nadovezuje na paralelne stranačke izvide prati u pravilu i povećana neizvjesnost o njezinu konačnom ishodu. Javlja se i poseban, dosad nedovoljno istražen, problem da se na raspravi kompenziraju nedostaci do kojih mogu dovesti stranački oblikovani pripremni postupci. Zbog pojačane procesne polarizacije često ostaju neistražene “neutralne” činjenice o spornom događaju, na koje se – u povodu za stranačkim poticajima – stranke nedovoljno obaziru.

---

<sup>11</sup> Najava dokaza alibijem tipičan je primjer obveze koja se nameće obrani.

<sup>12</sup> Za praksu sudova SAD vidi *K. Armstrong i M. Possley*, *The Verdict*, Chicago Tribune, January 10, 1999, C-1. Ta se blagost u sankcijama za nepridržavanje propisa o razmjeni informacija nazire i kod Haškog tribunala za ratne zločine. Vidi npr. presude Žalbenog vijeća ICTY u slučaju *Blaškić* (IT 95-14A, para.268) i *Krstić* (IT 98-33-A, para 153).

<sup>13</sup> Usporedbe radi valja uzeti u obzir mjeru do koje se u tradicionalnom kontinentalnom kaznenom postupku utvrđivanje činjenica na raspravi svodi na provjeru rezultata istrage.

#### IV.

S tim u vezi postavlja se pitanje jesu li dvije stranački vođene istražne djelatnosti podesnije za utvrđivanje činjeničnog stanja od jedne jedine iscrpne istrage koju vode državni službenici. Budući da još nikome nije uspjelo provesti metodološki besprijekoran eksperiment kadar da pouzdano odgovori na to empiričko pitanje, običaj je da se pri odgovoru poseže za argumentima koje sugeriraju neprovjerene teorije. Tako zagovornici stranački organiziranog postupka tvrde da nastojanje državnih službenika za nepristranim istraživanjem dovodi do njihova psihološkog preopterećenja koje je štetno za interes saznanja istine. Prisiljeni istovremeno slijediti dvije oprečne činjenične hipoteze te uživjeti se u dvije oprečne procesne uloge, službenici dolaze u sličan položaj kao da igraju šah sa samim sobom – što nije optimalno ni za crne ni za bijele figure. U prilog dviju istraga tvrdi se i to da je pomanjkanje jedinstvene verzije događaja (kojom rezultira službena istraga) korisno jer drži raspravni sud dulje vremena u neizvjesnosti, pa je manje vjerojatno da će se on, lebdeći između dviju mogućnosti, prebrzo prikloniti jednoj od činjeničnih hipoteza.<sup>14</sup> Filozofski nastrojani zagovornici stranački oblikovanog postupka rado se pozivaju i na epistemološke prednosti dijalektičke metode, u skladu s kojom je suprotstavljanje oprečnih teza najbolji način da se utvrdi istina.

Kako god ti argumenti bili popularni, bilo bi brzopleto uzeti da se njima može dokazati superiornost stranački oblikovanog pripremnog postupka za utvrđivanje istine. Čak ako se koncedira epistemološka prednost dijalektičke metode – a za to ima indikacija – ne treba zaboraviti da uspješna primjena te metode zahtijeva nepristranu težnju za istinom nositelja suprotstavljenih teza.<sup>15</sup> Ta se pak težnja ne može uzeti za gotovo u realistički zamišljenom kaznenom pravosuđu već i zato što tu branitelj surađuje u utvrđivanju istine samo kad se ona ne kosi s interesima njegova klijenta. Značajno je s tim u vezi da i anglo-američke zemlje, koje u svom pravosuđu veličaju konfliktni stil utvrđivanja činjenica, na mnogim drugim područjima posežu za službenim istragama. Njima utvrđuju činjenice o ekološkim tragedijama, padovima aviona, epidemijama, ubojstvima političara i mnogim drugim važnim događajima. Nikome ne pada na pamet da u svrhu utvrđivanja istine o tim važnim događajima osnuje dvije komisije sa zadaćom da svaka od njih istražuju oprečnu činjeničnu hipot-

---

<sup>14</sup> Nedavno provedeni socijalno-psihološki eksperimenti pokazali su, međutim, da su presuđivači skloni tome da se utiscima dobivenim od stranke koja prva iznosi “svoje dokaze” koriste kao okvirom za razrađivanje utisaka protustrankinih dokaza. Taj se nalaz može očitati kao prerano priklanjanje jednoj verziji događaja. Vidi npr. *Wistrich, Guthrie, Rachlinski*, *Can Judges Ignore Inadmissible Information*, 153 *U.Pa.L.Rev.* 1215, 1269, 1286 (2005).

<sup>15</sup> Vidi npr. *Susan Hack*, *Epistemology legalized*, 49 *The American Journal of Jurisprudence*, 43, 45 (2004). Pretpostavku nezainteresiranosti nalazimo čak i u Heideggerovu modelu dijalektičkog postizanja znanja. Vidi *G. Steiner*, *Martin Heidegger*, 85 (1978).

tezu. Pa i sami anglo-američki pravnici, voditelji stranačkih izvida ne vjeruju u to da je suprotstavljanje oprečnih verzija nekog događaja najbolji način da ustanove pravo stanje stvari. Kad bi u to vjerovali, bila bi im dužnost da – kad god je to financijski moguće – zaposle dva detektiva sa zadaćom da istražuju suprotne hipoteze.

U pogledu podesnosti alternativnih modela pripremnog postupka za utvrđivanje činjenica moramo se, dakle, zadovoljiti intuicijama i nagađanjem. Po mom se mišljenju ne može isključiti mogućnost da ni sustav službenih ni onaj stranački oblikovanih istraga nije uvijek optimalan, pa da je jedan sustav bolji za utvrđivanje istine u slučajevima jedne, a sustav službenih istraga u slučajevima druge vrste.<sup>16</sup> No to nije sve. Kako god to zvučalo ikonoklastički, ne može se isključiti ni mogućnost da je tradicionalna, službeno organizirana istraga bolja za *utvrđivanje* činjenica, a kontradiktorno uređenje postupka samo za *provjeru* njezinih rezultata. Ispada, na kraju, da nije pouzdano zasnivati prijelaz na pripremi postupak, dosljedno zamišljen u skladu sa stranačkom procesnom logikom, na njegovu navodno superiornom epistemološkom potencijalu.

## V.

To nije teško prihvatiti svim pobornicima stranačkog postupka koji vjeruju da je vrhovno načelo kaznenog postupka pravičnost postupanja, a ne potraga za “materijalnom” istinom. Pravični postupak nameće, naime, potrebu za uspostavljanjem “jednakosti oružja” optužbe i obrane,<sup>17</sup> a koegzistencija istrage javnog tužitelja i privatnih izvida obrane bliža je tom idealu od jedne jedine istrage koju u mješovitom kontinentalnom postupku vodi istražni sudac. Tijekom te istrage javni je tužitelj, naime, pravno i faktično, u mnogo povoljnijem položaju od obrane. No ne treba gubiti iz vida da je još udaljeniji od tog ideala sustav pripremnog postupka u kojem istragu vodi javni tužitelj, a obrani se uskraćuje pravo vođenja paralelnih privatnih izvida. Ta pojačana asimetrija procesnog arsenala proizlazi iz okolnosti da jedna stranka ima istražni monopol, a druga može u toj aktivnosti protustranke samo sudjelovati. Ako stoga prijelaz s istrage istražnog suca na istragu javnog tužitelja nije praćen

---

<sup>16</sup> Na to je još sedamdesetih godina prošlog stoljeća uputilo jedno američko socijalno-psihološko istraživanje. Kad su činjenice kojima zastupnici stranaka raspolažu istinite, postupak u kojem sudac vodi istragu ispao je pouzdaniji. Obrnuto, kad te činjenice nisu istinite, stranačko izvođenje dokaza pokazalo se superiornim. Vidi *Thibaut, Walker, Lind*, Adversary Presentation and Bias in Legal Decisionmaking, 86 Harv. L. Rev. 386 (1972). str. 22-40. To sam istraživanje iz nekih usporednopravnih razloga izložio kritici. Vidi *Damaška*, Presentation of Evidence and Fact-finding Precision, 123 U. Pa. L. Rev. 1083, 1095-1100 (1975).

<sup>17</sup> Vidi npr. *Dorothea Rzepka*, Zur Fairness in deutschen Straverfahren, 83-86 (2000).

uvođenjem paralelnih istraga obrane, tu reformu treba opravdavati razlozima koji ostavljaju po strani približavanje idealu jednakosti oružja.<sup>18</sup>

Iz perspektive tog ideala, sustav dvaju stranačkih istražnih djelatnosti izgleda stoga privlačnom formom stranački oblikovanog kaznenog postupka. No, za razliku od talijanskih i nekih drugih reformatora, ne valja se zadovoljiti pukom normativnom analizom. Postoji, naime, mogućnost da povodjenje za idealom jednakosti oružja dovede pravosudnu praksu u položaj da smanjenjem *formalno-pravne* nejednakosti poveća *stvarnu* nejednakost procesnih sudionika. Da se ta mogućnost sagleda, dovoljno je baciti pogled na financijske implikacije sustava dviju paralelnih istraga. Nema sumnje da proširenje braniteljevih funkcija uvođenjem privatnih izvida znatno povećava mogućnosti osporavanja optužbe svim onim okrivljenicima koji za obavljanje tih izvida imaju na raspolaganju potrebna financijska sredstva. Jednakost oružja optužbe i obrane uspostavljena je tu ne samo u formalnopravnom nego i u stvarnom smislu. Kad je okrivljenik vrlo bogat, ili kad se postupak vodi protiv moćnih čelnika kriminalnih organizacija, iskustvo pokazuje da potencijal njihovih privatnih izvida može čak premašiti potencijal policijskih i tužilačkih istraga. Ti su okrivljenici kadri osigurati pomoć vrhunskih privatnih detektiva i uglednih savjetnika o pitanjima podložnim vještačenju, koji se mogu nositi s najboljim policijskim istražiteljima i vještacima. Metaforički rečeno, imaju na raspolaganju procesni Ferrari. No to nije slučaj s mnogobrojnijim okrivljenicima koji nisu kadri snositi troškove povećane istražne djelatnosti branitelja i njegovih pomoćnika. O njihovoj stvarnoj jednakosti s javnim tužiteljem ne može biti ni govora, a nije isključeno ni to da se nađu u lošijem položaju od onog u sustavu državnog istražnog monopola.

Kontinentalnoeuropske reformatore, zaljubljene u idealiziranu sliku stranačkog kaznenog postupka, njihov "*coup de coeur*" privodi tome da rijetko spominju te financijske probleme prijelaza na režim stranačkog oblikovanja procesnih radnji. Zbog endemičnog pomanjkanja socioloških analiza nije, osim toga, poznato u kojoj su se mjeri u kontinentalnim zemljama koje su usvojile radikalnije oblike stranačkog postupka povećale razlike u položaju okrivljenika koji si mogu i onih koji si ne mogu priuštiti luksuz privatnih izvida. U Americi te su razlike utvrđene empirijskim istraživanjima, a da bi se ublažile, uvedena je služba "javnog branitelja" (*public defender*) kao protuteza javnom tužitelju. Nažalost, zbog nedovoljnih proračunskih sredstava, javni branitelji rijetko se kada upuštaju u opsežne istražne djelatnosti. Njihov se posao u velikoj mjeri svodi na pregovore s javnim tužiteljem o koncesijama za slučaj da

---

<sup>18</sup> Pragmatični razlozi veće učinkovitosti postupka mnogo su plauzibilniji argument. Govorimo o "približavanju" idealu jednakosti, a ne o njegovu ostvarenju, jer je stvarna jednakost poput nevidene rijetke ptice, u prilog postojanja koje se iznosi tek drhtanje grane s koje je navodno odletjela.

njihov klijent odbije osporavati osnovanost optužbe (*plea bargaining*).<sup>19</sup> Teško je vjerovati da se i u kontinentalnoj Europi, unatoč razlikama u društvenom i kulturnom okružju, ne bi očitovali slični simptomi. Po svoj bi prilici ti simptomi nadmašili nejednakosti koje imovinsko stanje okrivljenika prouzrokuje i u kontinentalnoeuropskim procesnim režimima mješovitog tipa. Treba, naime, imati na umu da je posrijedi neka vrsta igre s nultom sumom: što je veći opseg procesnih aktivnosti u monopolu državnih službenika, to je manji prostor za privatne investicije. I obrnuto: što je službeni monopol skućeniji, to je veća mogućnost privatnih ulaganja u kazneni postupak.

## VI.

Treba se na kraju vratiti uvodnim napomenama. Živimo u vrijeme velikih transformacija na svim područjima života, pa tako i u pravosuđu. Val informacija kojim nas zapljuskuje tehnološki napredak podriiva i u pravosuđu tradicionalna dostignuća, upućujući na donedavno neslućene mogućnosti. U ispitivanju tih mogućnosti i u traženju inspiracija za inovacije, razumljivo je da se pravници prvenstveno služe proučavanjem stranih propisa. Tu je profesionalnu deformaciju doista teško izbjeći. No pri toj koncentraciji na normativnu dimenziju treba ipak imati u vidu da propisi pružaju ne samo nepotpunu nego često i varljivu sliku o kaznenom postupku u smislu društvene prakse koja je – na kraju krajeva – odlučujuće važnosti. Iz puke pravnotehničke perspektive riskantno je stoga ocjenjivati i poželjnost uvođenja stranačkog pripremnog postupka. No, kao što sam uvodno nagovijestio, moja namjena u ovom napisu nije ni bila da se bavim pravnotehničkom analizom. Želio sam samo upozoriti na neke “metajuridičke” aspekte stranački oblikovanog pripremnog postupka s čijim sam stvarnim odvijanjem i učincima pobliže upoznat, jer ti aspekti ostaju u sjeni odredbi koje taj postupak reguliraju. Poznavanje tih aspekata može biti od koristi, iako je vjerojatno da će se hrvatski zakonodavac odlučiti za neku vrlo blagu varijantu tog postupka. To zato što svijest o unutrašnjoj dinamici i društvenim učincima dosljednije provedenog stranačkog postupka pruža uvid i u moguće efekte njegove tek djelomične transplantacije. Broj neočekivanih posljedica može se smanjiti, a neke teškoće mogu se predvidjeti i poduzeti te mjere da se one uklone ili ublaže.

---

<sup>19</sup> Etički standardi Američke advokatske komore upućuju branitelje, pa tako i javne branitelje, da prije prihvaćanja tužiteljevih koncesijskih ponuda poduzmu “prikladne” samostalne izvude. *ABA Standards Relating to Administration of Justice, Part III, Standard 14-3.2(e)*. No zbog spomenutih financijskih problema, do tog rijetko dolazi u praksi.

## Summary

---

### SOME EFFECTS OF PARTY-DRIVEN PRE-TRIAL PROCEEDINGS

Many reasons exist why the “transfer” of responsibility for procedural action from the court to procedural parties appears desirable to reformers of continental criminal procedure. They should realise, however, that the success of the contemplated reforms depends less than lawyers like to think on the attractiveness of the norms regulating the party-driven process.

To begin with, the effective functioning of this process requires a change in the way continental procedural participants conceive their respective roles. Consider, for instance, that judges are partially divested of their fact-finding role — traditionally the heart of their mission — while remaining responsible for the final outcome. It can be anticipated that they will experience a degree of mental discomfort in this situation. Defence counsel acquires important investigative functions, and must resign itself to accepting a much smaller number of cases. Moreover, the dynamics of the party-driven process induces public prosecutors to assume more partisan stances than before. Even in the behaviour of witnesses, a greater degree of polarisation must be expected than is traditionally the case on the Continent.

Continental reformers should also realise that the party-driven process tends to produce certain negative social effects which must be neutralised or alleviated. Most salient among them is the fact that only wealthy defendants can reap the many advantages which the normative arrangements of the party-driven process confer on those accused of crime. Defendants with lesser means are not capable of investing sufficiently in the process to avoid great asymmetry between prosecution and defence, asymmetry which can no longer be mediated by judicial involvement in procedural action.

The current article discusses this less visible, darker side of the party-driven process, with a view to improving the cost-benefit analysis of departures from the continental-European tradition of administering criminal justice.