

ČLANCI

2. STR. PRAZNA

Dr. sc. Mirjan Damaška*

NAPOMENE O SPORAZUMIMA U KAZNENOM POSTUPKU

Istražujući problematiku procesnih nagodbi s okrivljenikom kao nagradi za njegovu suradnju s tijelima kaznenog postupka, autor u članku najprije prikazuje povijesne razlike između engleskog i kontinentalnog kaznenog pravosuđa u kasnom srednjem vijeku koje su različito usmjerile razvoj tih pravosuđa, pri čemu su za kontinentalno postala značajnim načela oficijalnosti kaznenog progona i inkvizitornosti. Za razliku od engleskog pravosuđa čija je praksa vrlo rano omogućila progonitelju korištenje svjedočenja sukrivaca kao “krunskih svjedoka” (kojima je zauzvrat zajamčen imunitet od progona), ta su procesna načela u kontinentalnom postupku za dugo povijesno razdoblje predstavljala nepovoljan teren za procesne nagodbe s okrivljenikom. Tek je razdoblje nakon II. svjetskog rata, nakon promjena u moralnom autoritetu države i povećanja procesnih mogućnosti obrane da produlji i “zakomplicira” postupak, učinilo razmjene koncesija s okrivljenicima privlačnim za državna tijela. No, razlike između procesnih instrumenata koji tome služe ostale su velike između anglo-američkog i kontinentalnog kaznenog postupka, naglašava autor. U nastavku rada on ih raščlanjuje na one koje proizlaze iz razlika u predmetu pregovora između stranaka (u anglo-američkim sustavima to su koncesije okrivljenicima koji pristanu na potvrdno očitovanje o osnovanosti optužbe; u kontinentalnim postupcima, kao što je talijanski, to su suglasni stranački zahtjevi da se okrivljenik osudi na umanjenu kaznu), one koje proizlaze iz razlika u učinku stranačke nagodbe (u anglo-američkom postupku nagodba se može odnositi na ublažavanje kazne, blažu kvalifikaciju ili ispuštanje nekih točaka optužnice; u kontinentalnom postupku obično se odnosi samo na ublažavanje kazne i ne oslobađa sud od dužnosti provođenja makar skraćene rasprave) te na one koje se tiču uloge suca u verifikaciji stranačke nagodbe. Sučeljavajući različite argumente za i protiv stranačkih sporazuma u kaznenom postupku, autor odbacuje najveći dio prvospomenutih (naglašeni individualizam, konsenzualne teorije o istini u sudskom postupku, specijalno-preventivni i restaurativni kriminalnopolitički zahtjevi), ali izbjegava

* Dr. sc. Mirjan Damaška, Sterling Professor of Law, Yale University

kruto konzervativno odbacivanje same institucije, upozoravajući da bi se u kontinentalnom postupku moglo pronaći "srednje posredovno rješenje" koje bi nakon nagodbe stranaka zadržalo pojednostavljenu raspravu o visini kazne, prije koje bi tužitelj bio dužan iznijeti svoju dijagnozu dokazne situacije u predmetu. Ujedno bi procesno pravo moralo u svakom slučaju uspostaviti dokaznu zabranu za okrivljenikovo priznanje ako bi sud na raspravi zabacio nagodbu koja je dovela do priznanja.

I.

Mnogostruka previranja u suvremenom kaznenom pravosuđu dostigla su mjeru u kojoj je rastuću raznolikost postupovnih uredbi i ustanova sve teže i teže izraziti uobičajenim rječnikom. Temeljna procesna načela dovode se u pitanje, razlike građanskog i kaznenog pravosuđa gube na oštirini, a postaju nejasni i osnovni orijentacijski pojmovi procesne teorije. Može se slobodno reći da se pravosuđe svih modernih država suočava s teškoćama u nastojanju da djeluje na temelju donedavno neupitnih postupovnih načela. U toj se konfuznoj situaciji može s pouzdanjem utvrditi samo to da u punoj mjeri oblikovani kazneni postupak gubi svugdje na važnosti. Napadno se šire i postaju sve važniji razni mehanizmi kojima se potiče okrivljenik da suradnjom s pravosudnim organima omogući skraćivanje ili okončanje kaznenog postupka.¹ Tradicionalna taktika za postizanje tog cilja bilo je korištenje socijalno-psihološke klime u kojoj se okrivljenik nada da će prizanjem, ili nekom drugom formom samooptuživanja, postići ublažavanje kazne. No, odnedavna su to drevno sredstvo potisnule pravom predviđene ili praktično primjenjivane ponude ustupaka okrivljenicima koji su spremni na suradnju. Postoje dvije varijante tih novih mehanizama. Prvu čine jednostrane i fiksne ponude ustupaka od strane procesnih organa: okrivljenik ih može prihvatiti ili odbiti, ali ne može o njima pregovarati.² Drugu varijantu čine pregovori i pogodbe o koncesijama kao nagradi za suradnju okrivljenika s procesnim organima. U izlaganjima koja slijede bavit ćemo se samo tom potonjom varijantom. Budući da ju je teže pomiriti s tradicionalnim oblicima postupanja, ona predstavlja zanimljiviji izazov pravosudnim tradicija-

¹ Šire se i mehanizmi s pomoću kojih suradnja počinitelja s javnim tužteljem može dovesti do nepokretanja postupka za neka kaznena djela ili do uvjetnog odustanka od progona. Primjer za to nalazimo u hrvatskom Zakonu o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. Izbjegavanju redovnog postupka u nekim pravosudnim sistemima služi i praksa tužilaštva da kvalificira kaznena djela blaže nego što to ona zaslužuju, s ciljem da se omogući provedba sumarnog postupka. To se, na primjer, ogleda u francuskoj praksi tzv. "sudske korekcionalizacije". Vidi J. Pradel, Droit Pénal, Vol. 2, str. 90 (1987).

² Primjer za to je izvorni oblik njemačkog kaznenog naloga (čl. 407. njemačkog ZKP).

ma. Započet ćemo time da krenemo u prošlost u potrazi za povijesnim korijenima nagodbi s okrivljenicima u anglo-američkom i kontinentalnoeuropskom kaznenom postupku. Prijeći ćemo zatim na pregled suvremenim manifestacija te pojave u oba ogranka zapadne procesne kulture, da bismo na kraju razmotrili argumente u prilog konsenzualnih formi u kaznenom pravosuđu i protiv njih.

II.

Da bismo razumjeli znatno smanjene, ali još uvijek postojeće, razlike u stavovima o nagodbama u anglo-američkim i kontinentalnoeuropskim kaznenim postupcima, valja se prisjetiti ranog sredovjekovnog pravosuđa. U njemu se još nije razlikovalo javno i privatno pravo, pa tako ni kazneni i građanski predmeti. Sve su sudske stvari bile okrenute rješavanju sporova, pa je neosporavanje tužbenih zahtjeva automatski dovelo do okončanja postupka. Proširena je bila krilatica *pactum vincit legem et amor judicium*.³ Opreme engleskog i kontinentalnog pravosuđa u to doba još nisu postojale. Počele su se javljati tek tijekom kasnog srednjeg vijeka, nakon što je napuštanje božjih sudova dovelo cjelokupno europsko pravosuđe u krizu. Engleski put iz te krize bila je postupna adaptacija preživjelih postupovnih formi zahtjevima novog vremena. Pri tim adaptacijama kaznene i građanske stvari i nadalje su se nepotpuno razlikovale, pa ako je okrivljenik na sudu izjavio da se osjeća krivim (*guilty plea*), daljnji je postupak postao bespredmetan, baš kao i građanska parnica u kojoj tuženi priznaje tužbeni zahtjev. Tome nasuprot, kontinentalna Europa korjenito je raskrstila sa sredovjekovnom baštinom. Slijedeći rafinirano crkveno procesno pravo, kontinentalni su pravници počeli oštro razlikovati kaznene i civilne stvari. Dok su na potonje i nadalje gledali kao na instrument za rješavanje sporova, tako da je tu neosporavanje tužbenog zahtjeva dovelo do okončanja postupka, u kaznenim su stvarima otkrili javni interes za čije rješenje stav okrivljenika prema optužbi nije više bio odlučujući.⁴ Jedna daljnja, s tim povezana razlika odnosila se na organizaciju kaznenog progona. Dok se englesko pravosuđe i nadalje oslanjalo na to da oštećenik ili neka druga "privatna" osoba pokrene i održava kazneni postupak, tipični kontinentalni tužitelj postao je javni službenik, hijerarhijski povezan s centrima moći.⁵

Dovoljno je ukazati na te dvije razlike pa da se vidi da su u kontinentalnom pravosuđu već u sutonu srednjeg vijeka iskrsnule veće prepreke kazneno-procesnim nagodbama nego što je to bio slučaj s one strane Kanala. Jedan je razlog za to bila razlika u nazorima o cilju kaznenog pravosuđa. Lako je vidjeti

³ "Nagodba nadvladava zakon, a ljubav presudu."

⁴ Vidi J. P. Lévy, *La Hierarchie des Preuves dans le Droit Savant du Moyen Age*, str. 57 (1939); Knut Nörr, *Zur Stellung des Richters in gelehrten Prozess der Frühzeit*, 65, 93 (1967).

⁵ U zemljama u kojima nije bilo javnog tužitelja teret progona snosio je sudac.

da se nagodbe stranaka mogu lako uklopiti u postupak zamišljen kao sredstvo za rješavanje sporova. Te se nagodbe mogu štoviše proglasiti prirođenima tom postupku: pitati okrivljenika za stav prema optužbi sredstvo je da se utvrdi postoji li za proces neophodan spor. Tome nasuprot, ako ciljevi kaznenog pravosuđa nadmašuju rješavanje sporova, stranački sporazumi ne dovode nužno do okončanja postupka. Drugi, opipljiviji razlog za postojanje nejednakih prepreka nagodbama bila je razlika u organizaciji kaznenog progona. U Engleskoj, gdje je oštećeni, ili neka druga "privatna" osoba, pokretala i održavala kazneni postupak, nisu postojali ozbiljni pregovori da se ta osoba zamišlja kao okrivljenikov partner u procesnim pregovorima. Obje su strane, da tako kažemo, bile na istom nivou. U kontinentalnim su pak postupcima ti prigovori postojali: pregovore okrivljenika s predstavnicima državne vlasti bilo je mnogo teže zamisliti.⁶

Unatoč povoljnijem terenu za procesne nagodbe, organi engleskog postupka nisu dugo vremena osjećali potrebu poticati okrivljenika na neosporavanje optužbi s ciljem da se izbjegnu rasprave i okonča postupak. No do nagodbi je dolazilo iz drugih razloga. Primjer za to su takozvani "krunski svjedoci". Budući da u Engleskoj sve do sredine devetnaestog stoljeća nije postojala sistematska istraga kaznenih djela, pa ni profesionalna policija, bilo je u mnogim prilikama teško doći do dokaza za optužbu. Stoga su se postupovni organi rado služili iskazima sukrivaca, kojima bi za uzvrat podijelili imunitet od kaznenog progona.⁷ Ta je prvotna koncesija bila, dakako, mnogo radikalnija od ublažavanja kazne na koje su danas orijentirana mnoga pravosuđa. Kontinentalno kazneno pravosuđe pružalo je, međutim, ne samo manje prikladan ambijent za takve ustupke nego je osjećalo i manju potrebu za njima. Prisjetimo se da su sistematske istrage u inkvizitornom postupku uključivale dozvoljene sudske mjere za iznuđivanje samooptužujućih iskaza! Sve u svemu, nije čudo da se kontinentalnim europskim pravnim proširilo mišljenje da pregovori s presumptivnim počiniteljima kaznenih djela predstavljaju povredu pravnog poretka: ne očituje

⁶ Ocrtane razlike odražavale su šire kontraste u oblikovanju državne vlasti. Kontinentalni vladari izgradili su, naime, birokratsko-hijerarhijski aparat, čiji su pripadnici provodili centraliziranu državnu politiku. Tome nasuprot, Anžuvinci su u Engleskoj stvorili mnogo manje birokratizirani instrumenat vladavine, u kojem su se kraljevski službenici u velikoj mjeri oslanjali na lokalnu društvenu elitu. Engleska porota, odgovorna za mnoge specifičnosti anglo-američkog postupka, poglaviti je primjer te suradnje. Slijedom tih razlika u državnom aparatu, tradicionalno kontinentalno kazneno pravosuđe postalo je uporište odozgo nametnutog javnog prava, dok je njegov engleski pandan ostavljao mnogo više prostora za procesne oblike u kojima su se miješali javnopravni i privatnopravni elementi. Stoljetno iskustvo s tim različitim oblicima vladavine proizvelo je dva različita stava prema državnoj vlasti: jedan više izazovan, a drugi više popustljiv. Razlike tih dvaju stavova bile su donedavna lako uočljive. Vidi M. Damaška, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, 84 *Yale L. J.* 539-40 (1975).

⁷ O toj praksi vidi J. Lengbein, *The Original of the Adversary Trial*, 158-65 (2003).

li država krhkost svojih zakona ako se u svrhu provođenja pravosuđa oslanja na one koji ih krše? *La justice n'est pas ployable*.⁸

III.

U svjetlu onog što je dosad rečeno, nije čudo da su se nagodbe o koncesijama kao protučinidbi za okrivljenikov akt samooptuživanja⁹ pojavile najprije u zemljama anglo-američke pravosudne tradicije. Odlučujuće je u tom pogledu bilo devetnaesto stoljeće. Pogledajmo najprije intelektualnu klimu koja je bila pogodna za taj razvoj događaja. Klasični engleski liberalizam prihvatio je koncepciju kaznenog postupka kao spora. Kroz prizmu liberalne ideologije, rasprava je izgledala kao spor građanina i države pred predstavnicima “civilnog” društva (porotnicima), a sudac kao neka vrsta moderatora ili posrednika. Apoteoza tržišta također je pogodovala prihvaćanju pregovaranja i nagodbi u kaznenom pravosuđu: povlašteno mjesto u toj apoteozi zauzeli su ugovori i ugovorima slični odnosi. Od neposrednog učinka bila je, međutim, novonastala korisnost pružanja koncesija okrivljenicima kao poticaj na suradnju s organima postupka. Za razliku od imuniteta krunskih svjedoka, te su se koncesije uglavnom svodile na blaže kvalifikacije kaznenih djela, smanjenje točaka u optužbi ili pak ublažavanje kazne. Prvenstveni razlog za tu novonastalu korisnost koncesija bilo je pristupanje branitelja na raspravu. Njihova je aktivnost ubrzo dokrajčila prijašnju neformalnost postupanja, pa su rasprave uz sudjelovanje porote postale dugotrajne i skupe.¹⁰ Tome je pridonijela i liberalna koncepcija kaznenog procesnog prava kao sredstva da se otežaju zahvati države u individualnu sferu. Obrana je tako stekla “municiju” za pregovore i nagodbe s organima postupka oko pogodnosti. Kao protuuslugu za neosporavanje optužbe okrivljenici su sad mogli tražiti razne pravorijeke porote. Nepredvidivost porote kao i zahtjev za jednoglasnost porotnika pri odluci o krivnji povećali su privlačnost tih nagodbi za optužbu. Čak i gdje su dokazi krivnje bili jaki nije tužitelju izgledalo besmisleno voditi pregovore: ishod postupka bio je i nadalje dvojben.¹¹ Osim toga, budući da je anglo-američka rasprava posvećena samo pitanju krivnje, komplicirani

⁸ “Pravda nije savitljiva.”

⁹ Govorimo o “aktu samooptuživanja” jer se, kao što ćemo vidjeti, protučinidba okrivljenika ne smije poistovjećivati s priznanjem.

¹⁰ Iako je sudska praksa počela dopuštati pravnicima da zastupaju obranu već u drugoj polovici osamnaestog stoljeća, formalna se obrana učvrstila tek u devetnaestom stoljeću.

¹¹ Nova situacija dovela je do znatno veće opterećenosti postupovnih organa, što je posebno pogodilo neplaćene amatere na koje se, kako smo vidjeli, oslanjalo pravosuđe u engleskoj pravnoj tradiciji. Novija povijesna straživanja pokazala su, na primjer, da se američko “cjenkanje” s okrivljenicima pojavilo kao reakcija neplaćenih (ili slabo plaćenih) javnih tužitelja na rastući broj predmeta. Vidi G. Fisher, *Plea Bargaining Triumph*, 109 *Yale L. J.* 857, 897 (2000).

ritual postupka pred porotom značio je za tužitelje puko trošenje sredstava i energije kad god okrivljenik nije osporavao krivnju.

Kontinentalnim kaznenim pravosuđem proširile su se nagodbe mnogo kasnije. Stoljećima uvriježeno shvaćanje da kazneni postupak služi interesima kojima okrivljenici ne mogu disponirati protivilo se prihvaćanju konsenzualne pravde, a oštrije razgraničavanje javne i privatne domene pridonijelo je tome da su se tržišni i ugovoru slični odnosi ograničili na sferu privatnog prava. Procesna teorija, tradicionalno razvijenija i utjecajnija od svoga anglo-američkog pandana, izgradila je u međuvremenu procesna načela čije je ishodište bilo oštro podvajanje kaznenog i građanskog postupka.¹² Odlučujuću ulogu odigrala je ipak okolnost da kontinentalni procesni organi nisu dugo vremena osjećali potrebu nuditi okrivljenicima koncesije za skraćivanja postupka. Tipična glavna rasprava svodila se uglavnom na provjeru rezultata prethodnog postupka i eventualno određivanje kazne, pa je postojao manji pritisak na pravosuđe da razvija mehanizme izbjegavanja ili radikalnog skraćivanja te rasprave. Odsutna je bila i porotom uvjetovana neizvjesnost o ishodu postupka, koja je, kao što rekosmo, pogodovala usvajanju konsenzualnih mehanizama za skraćivanje postupka u anglo-američkim zemljama. Ne treba na kraju zaboraviti ni to da je kontinentalna glavna rasprava posvećena ne samo utvrđivanju krivnje nego i eventualnom određivanju kazne, tako da njezino održavanje ne gubi smisao ni kad je optuženikova krivnja neosporna.

Promjene u tom odbojnom stavu prema konsenzualnoj pravdi pojavile su se u kontinentalnoeuropskim sustavima tek u razdoblju nakon drugog svjetskog rata, a proširile su se u velikoj mjeri nakon sloma sovjetskog imperija. Bolna iskustva s totalitarnim režimima oslabila su moralni autoritet države, kao i društvene navike oslanjanja na njezine organe, a briga za očuvanje ljudskih prava pridonijela je proširenju garancija obrane - uključujući tu i zabacivanje nezakonito dobivenih dokaza. Te nove strelice u tobolcu obrane, u kombinaciji s njenom većom spremnošću da se tim strelicama koristi, stvorile su mogućnost da energični branitelji znatno produže i kompliciraju postupak. To je pak ozbiljno zabrinulo organe kaznenog postupka, ponajprije zbog inflacije kaznenopravnih propisa i velikog porasta kriminaliteta. Suzbijanje njegovih organiziranih oblika ukazalo je na korisnost koncesija pojedinim članovima zločinačkih udruga kako bi ih se time privelo pružiti dokaze protiv drugih članova. Tržišna

¹² Za argumente koje kontinentalna pravna teorija još i danas iznosi protiv konsenzualnih procesnih mehanizama vidi, na primjer, B. Schünemann, *Vohin treibt der deutsche Strafprozess*, 114 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57 (2002). Često se kaže da su procesni sporazumi okrivljenika i procesnih organa protivni načelu oficijalnosti. No ako se to načelo shvaća u smislu da se kazneni postupak vodi u javnom interesu, nezavisno od volje oštećenika, može se argumentirati da su i sporazumi s okrivljenikom u javnom interesu, jer te interese zastupa javni tužitelj. Neosporno je, međutim, da se sporazumno odustajanje od pokretanja postupka protivi načelu legaliteta kaznenog progona.

ideologija, s naglaskom na ugovoru sličnim odnosima, počela je prodirati u javnu domenu mnogih kontinentalnih država, a noviji razvoj ustavnog pravosuđa pridonio je pozornosti granice između javnog i privatnog prava. U toj su atmosferi televizija i film upoznali kontinentalnu Europu s dramatičnim američkim kaznenim postupkom u kojem se optužba i obrana dinamično suprotstavljaju, ali i pregovaraju o međusobno pogodnim procesnim ishodima. Uslijed svih tih razloga, ugovorima slični instituti procesnog prava postali su bliži kaznenom pravosuđu nego što je to bilo nekada, a razmjena koncesija s okrivljenicima postala je privlačna, ako ne akademskim pravnicima, a ono praktičarima.¹³ Razni oblici konsenzualnog pravosuđa proširili su se tako i udomaćili na tlu kontinentalne Europe.

IV.

Ne bi se ipak moglo reći da slijedom tih događaja konsenzualna pravda u istoj mjeri prevladava u oba ogranka zapadne procesne kulture. Negodbe s okrivljenicima teže je uklopiti u kontinentalni tip kaznenog procesa, budući da sporazumni ishodi podrivaju neke oslabljene, ali još uvijek djelujuće, principe tradicionalnog pravosuđa. Ne mogu se poreći ni šire kuturološke razlike. Etos tržišta još uvijek nije tako proširen i duboko usađen u društveni život kao što je to slučaj u Americi, čije je pravosuđe - izravno ili neizravno - odigralo važnu ulogu u prijenosu konsenzualnih formi u kaznene postupke zemalja kontinentalnoeuropske tradicije. Nije stoga čudo da se i dan danas mogu zapaziti razlike u pristupu tim formama.

Nije, međutim, lako dati sumaran prikaz tih razlika: procesni instrumenti koji služe za pregovore i nagodbe razlikuju se kako unutar anglo-američkih tako i kontinentalnoeuropskih pravosuđa. Poblížom analizom mogu se ipak izdvojiti neke preostale razlike. Najočitija opreka svjedoči o još uvijek prisutnoj nelagodi kontinentalnih zakonodavaca da prihvate ugovorene ishode u kaznenom postupku. Dok se u pravosuđu SAD nagodbe rutinski primjenjuju i kod najtežih kaznenih djela, kontinentalnoeuropska ih zakonodavstva dozvoljavaju samo kod lakih djela, ili onih srednje težine.¹⁴ Manje vidljivi, ali značajni, kon-

¹³ Ima doduše teoretičara koji u načelu pozdravljaju ugovorene ishode kaznenog postupka. Po njihovu mišljenju, resocijalizacija okrivljenika i restitucija povreda nanesenih zločinom na putu su da potisnu represivne svrhe kažnjavanja. Konsenzualna pravda pak nije u neskladu s tom tendencijom. Vidi K. Lüderssen, *Abschaffen des Strafrechts* (1995) str. 329-31. O tom će mišljenju uskoro biti više riječi.

¹⁴ Na primjer, po talijanskom pravu nagodbe se mogu sklapati samo u postupku za kaznena djela za koja se, nakon reformi iz 2003., može izreći kazna zatvora do pet godina (*Codice di Procedura Penale*, novelirani čl. 444). Istu granicu nalazimo u novom francuskom zakonodavstvu o tzv. "comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité." (Vidi Zakon od 9. ožujka 2004, čl. 495-7. do 16. Zanimljivo je da hrvatski zakonodavac dopušta nagodbe u mnogo većoj mjeri,

trasti dviju procesnih tradicija mogu se osim toga pronaći ako pobliže pogledamo na predmet i učinke pregovora i nagodbi, kao i na ulogu suda u njima. Pogledajmo najprije razlike u predmetu pregovora i nagodbi.

U anglo-američkim sustavima predmet pregovora i nagodbi su koncesije okrivljenicima koji pristaju da se potvrdno očituju o osnovanosti optužbe.¹⁵ Taj akt samooptuživanja (*guilty plea, plea of nollo contendere*) obuhvaća ne samo priznanje činjenica nego i pravne zaključke, tako da je po svojoj prirodi još uvijek blizak dispozitivnom aktu priznanja tužbenog zahtjeva u građanskoj parnici. Za razliku od toga, tipični su predmet pregovora u kontinentalnom pravosuđu koncesije okrivljenicima koji su spremni položiti priznanje, to jest, pružiti sudu inkriminirajući dokaz.¹⁶ Može li se na tom priznanju, čak i kad je potvrđeno drugim dokazima, zasnovati presuda, pravno je pitanje koje spada u nadležnosti suda.¹⁷ Tražiti od okrivljenika da se izjasni o optužbi u anglo-američkom smislu kosi se i nadalje s tradicionalnim kontinentalnim pojmovima o prirodi krivnje i kaznenog postupka.

Istini za volju treba reći da su neke kontinentalnoeuropske zemlje odlučile odstupati od tradicije i dozvoliti da se ishod postupka zasnjuje na očitovanju o optužbi koje je blisko anglo-američkom tipu. No, ubrzo je iskrsnuo problem kako da se ta novota uskladi s procesnom okolinom. To se lijepo vidi na primjeru talijanskog prava. Tu je zakonodavac, jednom reformom iz 1989. godine, uveo mnoge, iako ponešto modificirane, oblike anglo-američkog kaznenog postupka, pa tako i institut "određivanja kazne na zahtjev stranaka".¹⁸ No već se pri donošenju tih novih propisa postavilo pitanje može li se osuđujuća presuda temeljiti na zahtjevu u čijoj se osnovi nalazi okrivljenikov akt samooptuživanja. Treba li napustiti duboko ukorijenjeni kontinentalni princip da se osuđujuća presuda izriče samo nekon provedenog dokaznog postupka, uz aktivno sudjelovanje suda i u skladu s pravilima o teretu dokaza? Suočen s tim pitanjem, talijanski je zakonodavac odredio da se na temelju stranačkog zahtjeva donosi posebna vrsta presude u kojoj se krivnja izričito ne spominje. Tu neobičnu sudsku odluku pokušao je talijanski Vrhovni sud protumačiti time da se ona

pa su one moguće kod svih djela za koja nije zapriječena kazna veća od deset godina zatvora (čl. 203. st. 1. ZKP). Tek u onim kontinentalnoeuropskim zemljama gdje nagodbe nemaju zakonsku podlogu, kao što je to slučaj u Njemačkoj, nalazimo ponekad nagodbe čak i kod teških kaznenih djela. Očito je da se manje vidljiva, pragmatička praksa brine za sukladnost s tradicionalnim procesnim načelima mnogo manje od zakonodavca.

¹⁵ Ti se pregovori stranaka nazivaju *plea bargaining* (cjenkanje o očitovanju krivnje).

¹⁶ To se ponekad prešutno uzima za gotovo, ali se ponekad i izričito spominje, kao što je to slučaj u njemačkoj praksi.

¹⁷ U načelu, okrivljenikovo priznanje ne oslobađa sud od daljnje dokazne aktivnosti. Protivno onome što se često čuje, tome je bilo tako i po mišljenju velikih autoriteta rimsko-kanonskog inkvizicijskog postupka. Za izvode iz izvorne literature vidi W. Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien*, 465 (1938).

¹⁸ *Applicazione della pena sulla richiesta delle parti*.

temelji na "hipotetičkim tvrdnjama".¹⁹ Time se, međutim, nisu izbjegle teškoće pomirenja s tradicijom. Postavilo se, na primjer, pitanje nije li neprihvatljivo da se kazna izriče na osnovi pukih hipoteza. Ne protivi li se to principu *in dubio pro reo*? Sve u svemu, treba reći da talijanska pravna teorija nije do danas uspjela na zadovoljavajući način pomiriti taj uvoz iz anglo-američke procesne kulture s tradicionalnim pravnim principima. Odsječen od izvornog procesnog okoliša, taj je uvoz ostao bez podloge kao posljedica kojoj je nestao uzrok.²⁰ Sve te izložene teškoće nisu, međutim, omele pragmatične sudionike u talijanskom pravosuđu da se tim institutom obilato koriste.²¹

Toliko o razlici u predmetu nagodbi u anglo-američkom i kontinentalno-europskom postupku. Razlike u njihovom učinku također su značajne. Nagodba u prvospomenutom postupku dovodi do toga da se uopće ne održava rasprava pred porotom, već sudac direktno prelazi na određivanje kazne. Ugovoreno priznanje kontinentalnog tipa, međutim, ne oslobađa sud dužnosti da provede raspravu: dolazi samo do njezina drastičnog pojednostavljenja i skraćivanja.²² Daljnja je razlika u tom da se nagodbe u anglo-američkim postupcima mogu odnositi ne samo na ublažavanje kazne nego i na prekvalifikaciju utuženog kaznenog djela, pa čak i odustanak od pojedinih točaka optužbe. Tome nasuprot, nagodbe su u kontinentalnim postupcima obično dozvoljene samo kad se odnose na ublažavanje kazne.²³

Nije međutim točno, iako se to često ističe, da je razlika i u tom da su anglo-američki suci pravom primorani prihvatiti nagodbu stranaka, dok to u kontinentalnom pravosuđu nije slučaj. Zapravo, rijetka su anglo-američka pravosuđa u

¹⁹ Vidi Cassazione Penale, 1990, br. 15, str. 47. U primjeru lakših kaznenih djela i novo rusko zakonodavstvo usvojilo je "očitanje o istini optužbe" s tom razlikom da ono može poslužiti kao baza za osuđujuću presudu (čl. 316. ruskog ZKP). No, teško se oteti dojmu da su ruskom zakonodavcu, zavedenom anglo-američkim uzorom, izmakle iz vida u tekstu spomenute teškoće.

²⁰ O naporima talijanskih procesualista da usklade *patteggiamento* (cjenkanje koje prethodi stranačkom zahtjevu) s tradicionalnim procesnim pojmovima vidi G. Latanzi - E. Luppò, Codice di procedura Penale, Vol. 6, str. 205-215 (1997), kao i G. Lozzi, Lezione di Procedura Penale, 461-467 (5. izdanje 2002).

²¹ Za period 1990-1998. postoje statistički podaci da su sudovi nadležni za djela srednje težine (*tribunali*) izricali presude na temelju stranačkog zahtjeva u rasponu od 34-42%. Vidi Statistiche giudiziarie penali (ISTAT) za 1999. godinu. Sudeći po tome da je novelom iz 2003. proširen opseg djela za koja se ti zahtjevi mogu podnositi, vjerojatno je da se postotak njihove primjene u međuvremenu još i povećao.

²² To je slučaj u pravosudnim sistemima koje slijede njemački model sporazuma (*Absprachen*).

²³ Tako je bar prema zakonskim propisima. Bez dobro zamišljenog empirijskog istraživanja teško je, međutim, ustanoviti ne dolazi li u nekim kontinentalnim zemljama do toga da se nagodba odnosi na odustanak tužitelja od nekih točki optužbe. U Njemačkoj, gdje, kao što smo spomenuli, nagodbe nisu zakonom regulirane, nailazimo na tu praksu.

kojima sudac nije ovlašten ispitati činjeničnu osnovicu nagodbe.²⁴ Na razlike nailazimo, međutim, u načinu njezina preispitivanja. Pri provjeri ugovorenog priznanja kontinentalni se suci mogu osloniti na spis predmeta, dok se njihovi anglo-američki kolege, koji tim spisom ne raspolažu, moraju zadovoljiti neformalnim i često manje pouzdanim ispitivanjem procesnih sudionika. Može se reći i to da su anglo-američki suci spremniji prihvatiti stranačke nagodbe, ne samo zbog želje da se izbjegne porotna rasprava (koja je dulja i skuplja od njezina kontinentalnog pandana) nego i zbog toga što se oni još uvijek zamišljaju prvenstveno kao nadzornici nad sporom stranaka, a manje kao utvrđivači činjenica.²⁵ Razlike potječu i iz okolnosti da stranačke nagodbe imaju čvršću pravnu podlogu u anglo-američkim postupcima. Tu se, naime, tretiraju kao vrsta pravnog ugovora, a ne kao puki dogovor (*gentlemen's agreement*). Slijedom toga, ako tužitelj ne izvrši svoju "činidbu", ili je sud ne želi prihvatiti, okrivljenik može povući svoj akt samooptuživanja (*guilty plea*), pa se kazneni predmet mora podvrgnuti raspravi na kojoj se - kao dodatna kautela - porotnici ne smiju informirati o neuspjeloj nagodbi. Tamo pak gdje se okrivljenikov akt samooptuživanja sastoji od priznanja, teško ga je povući ako tužitelj ne ispuni svoju "protučinidbu" ili se sudac ne složi s nagodbom pa okrivljeniku izrekne težu od ugovorene kazne.²⁶ Sve u svemu, u anglo-američkom kaznenom pravosuđu okrivljenik je sigurniji da će dobiti ugovorenu koncesiju.

To ne znači, međutim, da je slobodniji od pritisaka na sklapanje nagodbi o tim koncesijama. Što se tih pritisaka na sklapanje nagodbe tiče, teško je ocijeniti jesu li snažniji od onih koje nalazimo u kontinentalnom pravosuđu. Ne postoje za to potrebna empirijska istraživanja, a odgovor ovisi i o unutarnjim razlikama kontinentalnoeuropskih i anglo-američkih modela nagodbi. Nešto pobliže može se reći samo za američku varijantu anglo-američkog modela u usporedbi s onom varijantom njezina kontinentalnog pandana u kojoj se sud ne upleće u stvaranje nagodbe. Nema, naime, sumnje da američki tužitelji raspolažu snažnim instrumentima da privedu okrivljenika prihvatu nagodbe. Stvar nije samo u

²⁴ Samo u malom broju država SAD suci se smatraju pravno vezanim prihvatiti stranačke nagodbe. Vidi A. Goldstein, *Converging Criminal Justice Systems: Guilty Pleas and Public Interest*, 49 *Southern Methodist University Law Review*, 567, 574-75 (1996).

²⁵ Dugo vremena proširena krilatica *judex cum sedebit quique latet adparebit, nil inultum remanebit* (sudac je zasjedao, pa je iskrsnulo sve što je bilo skriveno, i ništa nije ostalo nekažnjeno) potječe iz riznice kontinentalne tradicije, pa je nalazimo i u literaturi. (Vidi Goethe, *Faust*, I. čin, 3810). U sistemima gdje je paradigmatički utvrđivač činjenica porota, a ne sudac, misao izražena tom krilaticom ima mnogo manju rezonanciju.

²⁶ Istina je da se pravom može propisati zabrana upotrebe tog priznanja. No, pod uvjetom da je ono vjerodostojno, zabrana njegove upotrebe je iluzorna - osim ako se predmet uputi drugom sucu koji nije bio izložen tom snažnom dokazu, ili pak negativnu odluku donosi istražni, a ne raspravni sudac (kao što to biva u Hrvatskoj). Psihološki je, naime, naivno očekivati da sudac može eliminirati tako važan dokaz iz svoje svijesti. Primjer takve, po našem mišljenju iluzorne, zabrane jest odredba iz paragrafa 136a njemačkog ZKP.

tome da su gornje granice zaprijećenih kazni drakonske, tako da su obećanja o ublaženju kazne privlačnija u Americi nego u europskim zemljama. Treba imati u vidu i to da su propisi o stvarnom i prividnom stjecaju rudimentarni u poredbi s kontinentalnim pravom, pa tužiteljima ostavljaju veliku slobodu pri odluci koliko će točaka optužbe “iscijediti” iz pojedinog kriminalnog događaja. Njihovo pak obećanje da će povući neke od tih točaka snažan su poticaj okrivljenicima da pristanu da se oglase krivima.²⁷

No mogućnost snažnih pritiska na prihvatanje nagodbe nalazimo i u nekim kontinentalnoeuropskim pravosuđima. To nas privodi kraćim napomenama o sudjelovanju suda pri stvaranju nagodbi. U anglo-američkim procesnim sistemima na to se sudjelovanje gleda poprijeko. To posebno vrijedi za slučaj gdje bi sudac davao inicijativu za pregovore ili nukao okrivljenika da pristane na ponuđene koncesije. Takvo se ponašanje kosi s općeuvojenim anglo-američkim shvaćanjima o odnosu sudačke i stranačke aktivnosti - shvaćanjima prema kojima su pregovori i nagodbe isključivo stvar stranaka, a svako značajnije upletanje suda u taj proces opasnost za sudačku nepristranost.²⁸ Uloga suda svodi se stoga samo na ratificiranje stranačkog sporazuma. Tome nasuprot, aktivnija koncepcija sudske funkcije u kontinentalnim kaznenim postupcima privodi neka ugledna kontinentalna pravosuđa tome da dopuste sudjelovanje suda u pregovorima. To je, na primjer, slučaj u njemačkoj pravosudnoj praksi. Inicijativa za pregovore može tu poteći ne samo od stranaka nego i od raspravnog suca, a nije uopće nužno da ta inicijativa dovede do trostranog procesnog odnosa: pregovori o koncesijama mogu se voditi samo između suda i okrivljenika. Izgleda čak da prevladava praksa po kojoj se raspravni sudac, nakon što je proučio spis predmeta, obraća okrivljeniku, nudeći mu blažu kaznu pod uvjetom da na raspravi položi priznanje.²⁹ Jasno je da tu više ne možemo sa sigurnošću zaključiti da su pritisci na okrivljenika za prihvatanje ponuđene koncesije blaži od onih na koje nailazimo u Americi.

V.

Nakon što smo ocrtali procesne instrumente za postizanje nagodbi u kaznenom postupku, treba se pozabaviti argumentima kojima se nastoji opravdati

²⁷ Od utjecaja je i okolnost da se anglo-američki pregovori u vidu sklapanja nagodbe provode dok okrivljenicima još nisu točno poznati optužni dokazi, tako da im je u vrijeme sklapanja nagodbe teško ocijeniti rizik inzistiranja na raspravi. O tom povezanom problemu, tzv. *discovery*, vidi R. Schlesinger/H. Baade/M. Damaška/P. Herzog, *Comparative Law*, str. 481-483 (5. izd. 1988).

²⁸ Time nije rečeno da praksi nisu poznati slučajevi u kojima se sudac upleće u stranačke pregovore.

²⁹ Autor ovih redaka kritički se osvrnuo na tu praksu već krajem osamdesetih godina. Vidi M. Damaška, *Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen*, 8. *Straverteidiger*, 399 (1988).

njihova primjena. Intenzivan spor o njihovoj poželjnosti vodi se već duže vrijeme - čak i u SAD, gdje se praksa pregovora i nagodbi u kaznenim stvarima proširila i udomaćila više nego u pravosuđima drugih zemalja.³⁰ Pregled argumenata u prilog nagodbi započet ćemo razmatranjem jednog opravdanja koje polazi s pozicija naglašenog individualizma, a služi se pritom analogijama ponašanja na racionalnom tržištu. Iako se to opravdanje pojavilo u američkoj literaturi, ono se širi kontinentalnom Europom, *pari passu* s prodorom teorija koje primjenjuju ekonomske rasudbe pri analizi pravnih problema. Procesne se nagodbe sklapaju, kažu pobornici tog pristupa, samo kad obje strane dođu do (racionalnog) zaključka da na taj način unapređuju svoje interese. To je pak slučaj u kaznenom postupku. Postignutom nagodbom organi pravosuđa smanjuju troškove svoje djelatnosti, pa se mogu raspoloživim sredstvima koristiti u druge svrhe, na progon počinitelja drugih kaznenih djela. No okrivljenik se također nalazi u boljem položaju. Ako ocijeni da mu je rizik osude prevelik, sporazum mu omogućuje da ishodi povoljniju presudu. Drugim riječima, kad god se javni tužitelj odnosi prema okrivljeniku kao partneru u pregovorima, ostavlja mu veći prostor za ostvarenje osobnih interesa. Ako mu ograničavamo mogućnost pregovora s organima postupka, skućujemo mu dakle autonomiju.³¹

Tom se rasuđivanju može prigovoriti da se odnosi u kaznenom pravosuđu ne mogu poistovjećivati s odnosima na pravednom i racionalno organiziranom tržištu. Već u prvi mah upada u oči pomanjkanje simetrije u položaju procesnih pregovarača. Ta se asimetrija očituje u nejednakim ovlaštenjima, nejednakoj obaviještenosti i disparatnim financijskim sredstvima, a posebno u nejednakoj psihološkoj opterećenosti prilikom pregovora. Organi postupka prilaze pregovorima ocjenjujući povoljne i nepovoljne strane eventualnog nagovora bez neumitnih tjeskoba koje prate okrivljenikovu rasudbu o tom što je za njega najpovoljnije. Što je teža zapriječena kazna i što je veća od organa postupka ponuđena koncesija, to je lakše zamisliti da i nedužni okrivljenici mogu ocijeniti da im je racionalno u interesu poduzeti akt samooptuživanja.³² Ne treba ispustiti iz vida ni okolnost da se intrerese okrivljenikova branitelja, koji često igra ključnu ulogu u pregovorima, ne moraju poklapati s interesima klijenta. To posebno vrijedi za procesne sustave u kojima branitelju može biti financijski povoljnije

³⁰ Za iscrpnu listu argumenata u američkoj literaturi (koja je u tom pogledu najbogatija) vidi N. A. Combs, *Coping the Plea to Genocide*, 115 *University of Pennsylvania Law Review*, str. 4, bilj. 13 (2002).

³¹ Za rani, ali profinjeni oblik te argumentacije vidi F. Easterbrook, *Plea Bargaining as a Compromise*, 101 *Yale Law Journal*, 1976-77 (1971).

³² Kažemo racionalno, jer nedužni okrivljenik može do tog zaključka doći i povodeći se za teorijom igara (*game theory*) koja se smatra najizrazitijim primjerom suvremenog racionalnog rasuđivanja. O slučajevima iz njemačke prakse da nedužni okrivljenici stvarno donose takve odluke vidi R. Hamm, *Von der Unmöglichkeit informales zu formalisieren*, *Festschrift für Meyer-Gossner*, 33, 42 (2001).

da dođe do nagodbe nego da se provede formalna rasprava.³³ Ostanemo li na tlu ekonomske analize, ne smiju se zanemariti ni šire reperkusije stranačkih nagodbi. Nije, naime, opravdano očekivati da će stranke imati u vidu i ispravno ocijeniti interese onih koji nisu izravno uključeni u pregovore.³⁴ Javni interes na transparentnosti pravosuđa kao i interesi oštećenika mogu lako postati žrtvama procesnih nagodbi. Sporazumi koji se odnose na odustanak od progona, ili prekvalifikaciju kaznenog djela, otežavaju vanjsku (kriminološku) analizu pravosuđa, a nagodbe koje se odnose na ublažavanje kazne mogu se koristiti s racionalnom politikom kažnjavanja. Posebno je pak problematično povećanje utjecaja javnog tužitelja na pravosuđe. Tamo gdje su nagodbe stranaka rutinska stvar, sud biva marginaliziran, pa se opravdano postavlja pitanje prevladava li u vršenju pravosuđa izvršna ili sudska vlast ukoliko je javno tužiteljstvo dio izvršne vlasti - što u kontinentalnoj Europi međutim nije uvijek slučaj (prim. ur.). Reći će se da sudstvo ima posljenju riječ: suci ratificiraju stranačke nagodbe, pa dolaze tako u priliku da ih podvrgnu kontroli sa stajališta širih interesa. Spremnost na tu kontrolu i njezina učinkovitost, međutim, pod znakom su pitanja. Iskustvo zemalja u kojima su nagodbe svakodnevna stvar pokazuje da su suci skloni prihvatiti nagodbu bez većeg provjeravanja. Tome se ne valja čuditi, jer suci nisu iznad općih ljudskih slabosti: prihvat nagodbi olakšava njihov posao, a to je kod velike opterećenosti primamljiva mogućnost.

Jedno drugo opravdanje konsenzualne pravde temelji se na postavkama ogranka suvremene filozofije koji smatraju da je vjera u mogućnost saznanja istine metafizička zabluda, pa zagovaraju "pragmatički" pojam istine. Istina nije ništa drugo nego verzija događaja o kojoj se može postignuti suglasnost.³⁵ Nije stoga smisleno inzistirati na redovnom kaznenom postupku čija je zadaća "nametnuti" strankama određenu verziju istine. Umjesto da se teži preciznosti u utvrđivanju činjenica, treba poboljšavati komunikaciju procesnih sudionika te promicati one procesne forme koje omogućuju postizanje svima prihvatljive odluke. Po tom je shvaćanju - da tako kažemo - put važniji od odredišta, pa su pregovori stranaka o sporazumnom procesnom ishodu poželjniji od kaznenih postupaka u njihovom tradicionalnom ruhu.

Nije ovdje mjesto da se upustimo u detaljniju analizu tog pristupa. Očito je da je pojam istine kojim on barata stran prirodnim znanostima. Kad bi te znanosti poistovjećivala istina s kompromisom u svrhu postizanja sporazuma,

³³ Ekonomisti bi tu govorili o "zastupničkim troškovima (*agency costs*) nagodbi.

³⁴ Ekonomisti bi tu govorili o "negativnim vanjskim učincima" (*negative externalities*) nagodbi.

³⁵ Najradikalnije formulacije tog pristupa nalazimo kod francuskih "kognitivnih minimalista" (Foucault, Derrida), kao i američkih pragmatičkih filozofa. Vidi npr. R. Rorty, *Truth and Progress*, esej u knjizi *Philosophical Papers*, Vol. 3, str. X. O stavu njemačkih pragmatičara vidi, na primjer, T. Weigent, *Is the Criminal Process about Truth?* *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 157, 170-171 (2003).

onda bi se, primjerice, spor pobornika geocentričnog i heliocentričnog sustava mogao riješiti tako da se uzme za istinito da se i Zemlja i Sunce okreću oko osi koja je jednako udaljena od obaju nebeskih tijela. Za nas je, međutim, važnije da se taj pojam istine kosi s poimanjem na kojem počiva društvena praksa pravosuđa.³⁶ Teško je, naime, zamisliti pravosudni sistem koji identificira istinu s konsenzualnim opravdanjem, zamućujući tako razlikovanje pogrešnih i ispravnih odluka: pojmovi istinitih i sporazumnih tvrdnji u pravosuđu i društvenoj svakodnevici jasno se razlikuju. Procesni sudionici pretpostavljaju da se krivnja može razlučiti od nevinosti, pa da odluka zasnovana na uzajamnim koncesijama ne mora biti istinita. Vidjeli smo maločas da i nedužni okrivljenik može zaključiti da mu nije u interesu izložiti se riziku osude i teške kazne, pa da mu je bolje koncedirati krivnju zbog obećanja procesnih organa da će biti blago kažnjen, ili čak oslobođen od kazne. No i taj okrivljenik polazi od predodžbe o tom što se stvarno dogodilo, pa ga sporazum s procesnim organima ne lišava uvjerenja da zapravo nije počinio djelo za koje je (sporazumno) osuđen. Sve kad bi se u nekoj "idealnoj komunikacijskoj situaciji" sporazum i mogao poistovjećivati s istinom, bilo bi pogrešno prenositi taj zaključak na sporazume u kaznenom postupku.³⁷ Odnosi u kaznenom postupku već su zbog prije spomenute neravnopravnosti stranaka daleko od toga komunikacijskog ideala.

Ako se koncesije okrivljeniku shvate kao nagrada za samooptuživanje i odricanje od procesnih mogućnosti obrane, javlja se osjetljivo pitanje ne znači li nagrađivanje onih koji se odriču svojih prava kažnjavanje onih koji se tim pravima koriste. Ne vrše li organi postupka, nudeći koncesiju, psihološki pritisak na okrivljenika da se sam osudi? Zagovornici konsenzualnog pravosuđa odlučno odbijaju taj prigovor. Suradnja je, tvrde, olakotna okolnost, ali njezino odbijanje ne djeluje otegotno. To bi prošireno opravdanje bilo uvjerljivo kad bi postojala jasno određena osnovica od koje se računaju otegotne i olakotne okolnosti. Ako te osnovice nema, pa sudac izrekne blažu kaznu onome koji se sam optuži, to podrazumijeva da bi mu izrekao oštriju kaznu da je krivnju poricao. Onaj koji se odluči koristiti se pravima obrane pa dobije težu kaznu, može stoga s pravom smatrati da je kažnjen zbog korištenja tim pravima. Reći će se da to nije poseban prigovor pravosuđu koje se oslanja na pregovore i sporazume s okrivljenicima, jer će se taj prigovor postaviti i procesnim sustavima koji odbacuju konsenzualnu pravdu, ali automatski uzimaju priznanje za olakotnu okolnost. Postoji ipak značajna razlika koju možemo izraziti metaforički: ako se već unosi trgovina u palaču pravde, bliže je dostojanstvu pravosuđa da otvori dućan s fiksnim cijenama nego orijentalni bazar na kojem je cjenkanje normalna stvar.

³⁶ Vidi o tom M. Damaška, *Truth in Adjudication*, 49 *Hasting law Journal*, 290301 (1998). No i iz perspektive koja nadilazi svakodnevno rasuđivanje, postavlja se pitanje uslijed čega bi tvrdnje onih koji poriču mogućnost saznanja istine mogle pretendirati na status istine.

³⁷ Spominjanjem "idealne komunikacione situacije" aludiramo na prošireni pojam utjecajnog njemačkog filozofa Jürgena Habermasa.

U prilog konsenzualne pravde iznosi se ponekad i argument da previranja u materijalnom kaznenom pravu opravdavaju približavanje građanskog i kaznenog postupka do kojeg dovode nagodbe u kaznenim stvarima. Specijalna prevencija i reparacija postale su, po tom mišljenju, dominantnim svrhama kažnjavanja, a retributivni se impulsi gube, ili potiskuju u pozadinu. Te dominantne svrhe kažnjavanja mogu se pak ostvarivati putem sporazuma i nagodbi koje se lako uklapaju u (nešto modificirani) građanski postupak. Nije teško vidjeti da je, bar zasad, pretjerano govoriti o prevlasti specijalne prevencije i reparacija u pravosudnoj praksi. Tvrditi suprotno spada u oblast akademskog maštanja.³⁸ Točno je, međutim, da u suvremenim zapadnim zemljama slabi osjećaj za kaznu kao imperativ pravednosti. Deontološki zahtjevi o potrebi da krivac bude kažnjen uzmiču pred uvažavanjem pragmatičkih koristi od upotrebe kaznenih sankcija. No glavni je utjecaj te nove pravne senzibilitnosti za sada samo taj da tradicionalni procesni principi gube snagu u odnosu na argumente kojima se ističe pragmatička korisnost procesnih rješenja.

Ispada na kraju da je najuvjerljivije opravdanje sporazumnih ishoda u kaznenom postupku njihova praktična korisnost. Primjer te korisnosti vidjeli smo baveći se povijesnim razvojem engleskog pravosuđa, koje se - u periodu prije formiranja profesionalne policije - našlo primoranim koristiti se "krunskim svjedocima". Slična se potreba pojavila u naše vrijeme, posebno zbog djelovanja opasnih kriminalnih udruga. Česti su, naime, slučajevi u kojima nije moguće pribaviti dokaze protiv vodstva tih udruga ako se koncesijama ne osigura suradnja njezinih članova. No preopterećenost pravosuđa najjači je pragmatički argument koji govori u prilog konsenzualne pravde. Ne može se, naime, poreći da su sredstva namijenjena kaznenom pravosuđu ograničena, pa se njima treba racionalno koristiti. Kad bi se svi kazneni predmeti rješavali kroz redovni postupak, javila bi se opasnost da osobni kapaciteti i financijska sredstva dostupna pravosuđu budu angažirana do te mjere da bi se standardi postupanja - iako prikriveno - morali sniziti u svim predmetima. Zabacivanje sporazumnog okončanja postupka moglo bi negativno utjecati na kvalitetu kaznenog pravosuđa.

VI.

Ako je istina da se sporazumno okončanje kaznenog postupka može opravdati samo pragmatikom procesne ekonomije, koje bi se pouke iz tog zaključka mogle izvući?³⁹ Moglo bi se u prvom redu razmisliti ne bi li bilo

³⁸ Primjer takvog maštanja nalazimo u K. Lüderssena. Vidi *supra*, bilj. 13.

³⁹ Ostavljamo po strani moguće rasterećenje pravosuđa na taj način da se ublaže neke zahtjevne forme redovnog kaznenog postupka. Tim bi se onda umanjili pragmatički pritisci na postupovne organe da posegnu za nagodbama s okrivljenicima. Za zanimljive napomene u tom pravcu vidi T. Weigend, *Die Reform des Strafverfahrens, europäische und deutsche Tendenzen und Probleme*,

opravdano tražiti od tužitelja da u svakom konkretnom slučaju ukaže na razloge koji nalažu da se u interesu procesne ekonomije zabace načela redovnog postupka. Postavlja se zatim pitanje izbora između nagodbi koje naginju kontinentalnoeuropskom modelu s težištem na ugovorenom priznanju i nagodbi anglo-američkog tipa s naglaskom na ugovorenom očitovanju o osnovanosti optužbe. Potonjem se modelu približavaju sva ona pravosuđa u kojima stranke sporazumno predlažu sudu izricanje kazne, pa ako sud taj sporazum odobri, ne dolazi uopće do javne rasprave.⁴⁰ Prvospomenutom se pak modelu približavaju svi oni procesni sistemi u kojima i nakon nagodbe mora doći do rasprave, ali nagodbom ugovoreno priznanje drastično skraćuje njezino trajanje.⁴¹

Glavna negativna strana anglo-američkog modela sastoji se u tom da se izbjegavanjem javne rasprave smanjuje transparentnost pravosuđa i otežava kontrola sudske djelatnosti. Odsutnost te kontrole pak pogoduje površnoj ratifikaciji stranačkih sporazuma od strane opterećenih sudaca. Dvojbena je u tom modelu i opravdanost osuđujućih presuda koje se ne temelje na dokazima izvedenim prema zahtjevima za osiguranje kvalitete činjeničnih utvrđenja. S tim povezane teškoće upoznali smo na primjeru talijanskog pravosuđa. S druge strane, kontinentalom modelu mogu se staviti ozbiljni prigovori kad god se sud miješa u sklapanje nagodbi, a pogotovo kad se pregovori svode, kao što smo vidjeli na primjeru njemačkog pravosuđa, na dvostrani odnos okrivljenika i suda. No i kad tome nije tako, raspravi koja se nadovezuje na stranački sporazum prigovara se da se ona mora pretvoriti u namještenu formalnost jer bi se u protivnom izgubilo pragmatičko opravdanje nagodbi - to jest skraćivanje postupka. Treba, međutim, imati na umu da održavanje rasprave zadržava određene prednosti i kad se pretvori u formalnost s unaprijed određenim ishodom. Dobivanje priznanja na raspravi, u skladu s propisima koji vrijede za izvođenje tog dokaza, primorava, naime, sud da provjeri osnovanost stranačkog sporazuma u većoj mjeri nego kad do tog provjeravanja dolazi *in camera*. Ne treba previdjeti ni to da i rasprave koje procesnim učesnicima izgledaju kao isprazna formalnost mogu biti korisne za održavanje povjerenja u pravosudnu djelatnost.

Priklonimo li se onda kontinentalnoeuropskom modelu nagodbi, koji u manjoj mjeri krši tradicionalna procesna načela, treba pronaći srednji put između Scile punih raspravnih formi i Haribde njihova potpunog zanemarivanja. Budući, naime, da je skraćivanje postupka glavno opravdanje konsenzualne pravde, nagodbe stranaka moraju dovesti do radikalnog pojednostavljenja raspravnog režima. Srednji put i pravu mjeru tu nije lako pronaći. Jedno posredovno rješenje

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 104, str. 486, 506-512 (1992). Mogla bi se, na primjer, ispitati mogućnost korištenja tonskih i videosnimki o istražnim radnjama kako bi se ublažili zahtjevi koji proizlaze iz načela neposrednosti sudske rasprave.

⁴⁰ Primjer za to je prije spomenuti talijanski *patteggiamento*, a izgleda i rješenje koje je prihvatio hrvatski zakonodavac (čl. 203. i 460. Zakona o kaznenom postupku).

⁴¹ Primjer za to rješenje nalazimo u njemačkoj sudskoj praksi.

bilo bi da tužitelj, nakon dobivenog priznanja, za potrebe javnosti ukratko izloži kojim daljnjim dokazima raspolaže.⁴² Ako se priklonimo kontinentalnom modelu, treba nadalje riješiti pitanje posljedica do kojih dolazi ako sud na raspravi zabaci nagodbu koja je dovela do priznanja, smatrajući da okrivljeniku treba izreći veću kaznu od ugovorene. Kao što smo prije istaknuli, zabrana upotrebe tog dokaza ima u pravilu platonski učinak, a izgleda nepravedno temeljiti presudu na priznanju koje je pribavljeno neispunjenim obećanjem procesnog organa. One koji u tu nepravdu sumnjaju valja podsjetiti da se pribavljanje priznanja neispunjenim obećanjem smatralo zazornim čak i u rimsko-kanonskom inkvizicijskom postupku, unatoč okolnosti da je tu priznanje slovalo za “kraljicu dokaza”.⁴³

Bez obzira na to za koji se tip nagodbi odlučimo, ne valja zaboraviti da se one ne mogu pomiriti s nizom važnih procesnih principa. Sa stajališta tih principa nagodbe u kaznenom postupku predstavljaju vrstu nužnog zla. Izgleda stoga da bi bilo dobro da se organi pravosuđa drže devize: “voditi redovni postupak kad god je to moguće, posezati za njegovim sporazumnim okončanjem samo kad je to nužno”. Nije, međutim, isključeno da se taj odbojni stav prema nagodbama neće moći održati. Kao što smo već prije istaknuli, pragmatički argumenti dobivaju na važnosti u svim sektorima društva, pa funkcionalna logika prodire i u pravosuđe. Slijedom toga, procesni mehanizmi koji olakšavaju rad pravosudnih organa izgledaju sve više i više privlačnim. Ako se taj proces nastavi, prodor i širenje konsenzualne pravde bit će teško zaustaviti i u području najtežih kaznenih djela.

Summary

NOTE ON BARGAINING IN CRIMINAL PROCEDURE

By investigating the problem of procedural bargaining with the accused as a reward for his or her cooperation with the criminal procedure authorities, the author in this paper first presents the historical differences between the common-law and the Continental criminal justice system in the late Middle Ages which allowed these justice systems to develop in different directions, where in Continental justice more significance was given to the principle of officiality in criminal prosecution as well as to the inquisitorial principle.

Unlike the British legal system where practice very early on enabled the prosecutor to use the testimony of co-perpetrators as “crown witnesses” (who were in return guaranteed immunity

⁴² Posebno je delikatno regulirati položaj oštećenika. Ako mu se, naime, povjeri važnija uloga, mogu se lako poništiti pragmatičke prednosti konsenzualne pravde za pojednostavljenja postupka.

⁴³ Vidi B. Carpov, *Practica Nova Rerum Criminalium Imperialis Saxonica*, Pars III, qu. 113, no. 50.

from prosecution), for a long period these procedural principles in the Continental procedure represented unfavourable grounds for procedural bargaining with the accused.

Only in the period after World War II, after changes in the moral authority of the state and the increase in procedural opportunities for the defence to prolong and “complicate” the procedure, did the exchange of concessions with the accused become attractive to state bodies. However, the author stresses that great differences in the Anglo-American and Continental criminal procedure have remained in the procedural instruments which serve this purpose.

Furthermore, he divides these instruments into those which arise from differences in the subject of the bargaining between parties (in the Anglo-American systems these are concessions granted to the accused who agrees to plead guilty of the charges in the indictment; in the Continental procedures, such as the Italian one, these are requests by the parties that the accused be given a mitigated sentence), those that arise from differences in the effect of the bargaining of the parties (in the Anglo-American procedure, bargaining can relate to the mitigation of the sentence, a lesser legal qualification of the offence or the omission of some of the items in the indictment; in the Continental procedure, this usually only relates to the mitigation of the sentence and does not relieve the court from the duty of implementing at least a summary hearing) and those relating to the role of the judge in the verification of the bargain between the parties.

By confronting different arguments for and against bargains between the parties in the criminal procedure, the author rejects the largest part of the former (stressed individualism, the consensual theory of truth in court proceedings, special-preventive and restoratory criminal-political requests) but avoids a strictly conservative rejection of the very institution, stressing that in the Continental procedure we could find a “middle transitional solution” which would maintain a simplified hearing on the severity of the punishment after the parties’ bargain, prior to which the prosecutor would be obliged to present his or her opinion of the evidence in the case. At the same time, procedural law should in any case establish the exclusion of evidence for the confession of the accused if the court at the hearing does not accept the bargain that led to the confession.