

**Др Штефан Пирнер,\***

Руководилац одељења при Немачкој фондацији  
за међународну правну сарадњу,  
(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche  
Zusammenarbeit e.V. - IRZ), CP Немачка

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.13

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

## **ЗАШТИТА ОКРИВЉЕНИХ И ОПТУЖЕНИХ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У СВЕТЛУ СПЕЦИФИЧНИХ УСЛОВА ПРАВНЕ ТРАНСФОРМАЦИЈЕ\*\***

**Апстракт:** Аутор испитује који од два система пружа бољу заштиту осумњиченом и оптуженом као слабијој страни у кривичном поступку – да ли је то континенталноевропски инквизиторски принцип или страначки принцип Common Law-а. Резултат ове анализе показује да континенталноевропски систем пружа значајно бољу заштиту. Осим тога страначки принцип не одговара посебним друштвеним условима у бившим социјалистичким државама у транзицији. Приликом анализе Common Law система, нарочито Plea bargaining-а (који данас представља правило окончања кривичног поступка у овим државама и тиме defacto замењује јавни кривични поступак), посебно се указује на многобројне америчке изворе. При томе се долази до закључка да и у америчкој литератури институт Plea bargaining бива оштро критикован. Аутор тако констатује да би пре прихватања правног института који систематски није у складу са начелима домаћег правног система требало спровести процену правних последица дејства таквог института (Regulatory Impact Analysis) у домаћем праву како би се спречило да се у сопствени правни поредак унесу правила чије се негативне последице дају предвидети. С тим у вези аутор запажа

\* puerner@irz.de

\*\* Овај прилог настао је у оквиру ауторовог рада за Немачку фондацију за међународну правну сарадњу (IRZ) у Југоисточној Европи, која се финансира средствима Министарства спољних послова из немачких доприноса Пакту за стабилност Југоисточне Европе. Овај рад одражава приватне ставове аутора. Аутор се захваљује проф. др Џону Х. Лангбајну (John H. Langbein), проф. др Џејмсу Р. Максeинеру (James R. Maxeiner) и др Регини Рауксло (Regina Rauхло) на драгоценим информацијама и упућивањима на одговарајућу литературу.

*да у реформи кривично процесног права у Србији изостаје дискусија о критичким ставовима америчке науке у погледу сопственог правног система.*

**Кључне речи:** споразум у кривичном поступку, историја споразума о кривичном поступку, правна реформа, кривични поступак САД, људска права и кривични поступак.

## 1. Увод

### 1.1. Окривљени или оптужени као слабија страна

Вероватно нема потребе да се посебно објашњава тврдња да окривљени или оптужени, као „циљ“ државног кривичног гоњења, спада у категорију „слабијих“. Он себе доживљава као појединца изложеног на милост и немилост далеко јачег државног апарата: тај апарат је у стању и да га лиши слободе без које ће он и остала основна права моћи да оствари тек ограничено или пак неће моћи да их оствари уопште. Осим тога, кривично гоњење од стране државе врло често је, кад је у питању лице које се кривично гони, праћено губитком друштвеног угледа, прекидом социјалних контаката и сличним негативним друштвеним последицама. У групу слабијих у оквиру кривичног поступка убрајају се и жртве. Оптужени и жртве најчешће имају супротстављене интересе. Велики изазов за законодавца представља довођење ових интереса у равнотежу. Било како било, законодавац би у сваком случају морао да избегава доношење регулативе која не би нудила заштиту ни оптуженом ни жртвама.

### 1.2. Специфични услови правне трансформације

#### 1.2.1. Држава мора да се бори за поверење грађана

Шта се, међутим, подразумева под специфичним условима правне трансформације? Правна трансформација је „преуређивање“ правног система од социјалистичког у демократски, који функционише на основама тржишне економије, а било би добро и у социјални, ако је усмерен на заштиту интереса свих слабијих у друштву. Овај процес обележен је, између осталог, и следећим: полазиште је социјалистички систем који огромна већина читалаца овог прилога вероватно познаје боље него што га познаје аутор. Из тог разлога рецимо само оволико: карактеристика социјалистичког кривичног процесног права је било то што оно у уобичајеним случајевима<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Изузетак су представљали процеси који су имали одређени политички значај. Њихова нарочита карактеристика је био и неформалан утицај трећих лица која заправо нису

није познавало неформалне споразуме (Raухloh, 2014: 179). Следеће обележје социјалистичких држава је било то што је (барем у теорији) велики значај придаван заштити појединца.

Трансформација значи промену. Она подразумева нарочито промену животних услова грађана. И то не само у позитивном смислу: заједно са трансформацијом јављају се и социјална несигурност и губитак дотадашњих друштвених позиција. У исто време појединац постаје сведок тога како други, и то не увек на морално узоран начин, профитирају од промене система. Као последица тога лако се ствара и шири утисак да демократски организована држава није у стању да заштити слабије групе, односно да у таквој држави доминирају економски јаче личности и групе. Схватање по којем се државом ни после заокрета од социјализма не руководи нужно у складу са демократским начелима и начелима праведности, представља, међутим, плодно тле за радикалне политичке струје најразличитије врсте. Овакве негативне појаве могу да се предупреду само уколико држава буде настојала да задобије поверење грађана. Она то не може да постигне само речима, већ то треба да учини делима, а нарочито обезбеђивањем егзистенције грађана. Држава мора својим грађанима да усади осећај да кршење права, па и оно које се десило у прошлости, па и оно које изврше лица која поседују богатство и утицај, неће остати некажњено. А држава која се налази у процесу трансформације је пре свега у обавези да осигура да се политички мотивисана кривична дела из прошлости расветле без остатка и да се одговорни за та кривична дела позову на одговорност.

### *1.2.2. Негативни ефекти које држава мора да избегне*

Таква држава која се бори за поверење својих грађана нарочито мора да заштити оне против којих се води кривични поступак. Ту се, наиме, ради, како је напред приказано, о најслабијима у друштву. Осим тога, кривични поступци (и начин на који се о њима извештава у медијима) од највећег су значаја за то како ће грађани да оцене правосуђе као једну од најважнијих функција државе. Нејасноће у трговинскоправним споровима наићи ће на одбијање само код оних на које се ти спорови непосредно односе. Неразумљивости у кривичном поступку, међутим, узнемириће јавност и протумачиће се као доказ за то да не само кривично правосуђе, већ и правосуђе уопште, и не само то већ и целокупна држава, не функционишу. Овај негативни ефекат изазивају првенствено следеће три групе случајева:

---

учествовала у поступку (такозвана „телефонска правда“, односно незаконит утицај на судије).

1) Као прво, ту је недостатак заштите слабијих страна у оквиру кривичног поступка, ситуација, дакле, у којој се беспомоћни појединац нађе изложен државним органима.

2) Као друго, ту је случај када су пред очима јавности „моћници“ изузети од кривичног гоњења или када им пође за руком да „издејствују“ умањење кривичноправних последица својих дела.

3) Трећа група случајева којима се умањује углед државе постоји онда када кривични судови не испуне очекивања грађана у смислу „извлачења на светло дана“ догађаја из прошлости који су од општег значаја. Ти догађаји могу да буду злочини из миљеа организованог криминала или из окружења одређених политичких групација, ратни злочини или нерасветљени процеси приватизације.

Ова три захтева која се у погледу реформе кривичног процесног права постављају пред државе које се налазе у процесу трансформације могу да се резимирају на следећи начин:

“The acceptance of the precept that there is an independent body of law, and no one is above the law, is essential to the establishment of a government of and by the people. Only when presidents, kings, queens, and other rulers are subject to a higher law, can communism, fascism, and other dictatorships be eliminated and democracy prosper”. (Diehm, 2001: 2) („Прихватање овог правила да постоји независан правни корпус, да нико није изнад права, од суштинског је значаја за успостављање владавине народа. Само када председници, краљеви, краљице и други владари подлежу вишем праву, могу се комунизам, фашизам и друге диктатуре елиминисати и моћи ће демократија да влада.“)

### *1.2.3. Трансформација не значи нужно и мењање закона*

Трансформацију права најчешће прати измена закона. Правна трансформација и измена закона нису, међутим, синоними. Ово је значајно нарочито због тога што трансформација у области права, према искуствима аутора, често доводи до тога да се веома обимне измене закона предузимају и тамо где би била довољна и мања прилагођавања (или пак само промишљање дотадашње примене постојећих прописа у пракси). Трансформација у области права често се погрешно тумачи као неопходност готово присилне и често недовољно промишљене измене дотадашњег писаног права. Међутим, трансформација права не мора нужно да значи да сви закони који су до тада важили морају да се одбаце. Задатак трансформације је само у томе да се отклоне заблуде социјализма, а не да се „измишља топла вода“. Често грешке социјализма могу да се уоче у неколико кључних чланова закона,

па тиме и да се отклоне брисањем или изменом само тих чланова. Често се, међутим, наслеђе социјализма крије у начину на који се разуме право и тумаче закони. У том случају ситуација је компликованија.

Управо у земљама бивше СФРЈ са њиховом и у време социјализма снажном оријентацијом ка континенталноевропским, а пре свега аустријским правним начелима, често би могло да се „минимално инвазивним захватима“ постигне више него „тоталном операцијом“.<sup>2</sup> Често мање измене права и закона значе више правне државе и више правне сигурности. У миру лежи снага. Неке промене права које се предузимају у оквиру трансформације су, штавише, и контрапродуктивне. То је управо случај у области кривичног поступка.

## **2. Како различити кривичнопроцесни системи штите слабије групе?**

### **2.1. Методе разматрања**

У тексту који следи испитаћемо на основу два случаја из праксе која концепција кривичног поступка на најбољи начин штити слабије групе, те која концепција је најбоља у погледу избегавања напред наведених последица. У вези с тим неопходно је да се, као прво, разјасни који облици кривичног поступка постоје. Премда „чисти“ облици кривичног поступке постоје, могло би се рећи да, све у свему, постоје два супротстављена система: адверзијални систем у којем је терет доказивања на странкама, те инквизиторски или истражни поступак. Неки аутори (Eser, 2014: 11), поред наведених система, у дискусију уводе и могућност да постоји и трећа засебна форма, наиме консензуални поступак. Док адверзијални систем карактерише то што битне иницијативе и радње покрећу и спроводе странке (а држава се држи у позадини), дотле је карактеристика инквизиторског модела кривичног поступка то што битне кораке у оквиру кривичног поступка предузима држава. Консензуални поступак се, према мишљењу оних који га сматрају засебном врстом поступка, одликује тиме што у њему преовладава окончање поступка споразумом. Аутор овог прилога, међутим, сматра да је овај појам погрешан, јер, уколико боље погледамо, не ради се о посебном поступку, већ споразумно окончање поступка представља

---

2 О томе да су земље бивше СФРЈ у ствари имале јако добре почетне позиције за трансформацију права које, међутим, нису увек на најбољи начин искористиле пошто су новији закони занемаривали дотадашњу континенталноевропску традицију, а да за то није било нужне потребе, аутор је већ говорио на прошлогодишњој конференцији у Нишу. Упор. (Pürner, 2014).

производ адверзијалног поступка<sup>3</sup>. Из тог разлога би и идеја постојања посебне врсте „консензуалног поступка“ била погрешна, због чега се она овде не обрађује као посебна процесна категорија.

## **2.2. Два случаја која се јављају готово свакодневно (и шта из њих може да се научи)**

### *2.2.1. Случајеви и питања која они намећу*

Због ограничености простора овде нећемо моћи да прикажемо сва обележја, као ни све предности и недостатке ова два система. Но, то и није неопходно, пошто мерило квалитета правних института нису толико учени теоријски аргументи, колико сама пракса. Због тога ћемо у наставку текста истражити као пример два случаја која ће се читаоцу сигурно учинити познатим.

Случај 1: Прво ћемо да замислимо уобичајени кривични поступак у некој земљи у процесу трансформације: обични грађанин, назовимо га Јадан Беспословац, не успева да се снађе у новонасталим околностима које прате процес трансформације. Док се остали богате, он остаје без посла и почиње да пије. У једном тренутку деси се оно што је неизбежно: на њега пада сумња да је опљачкао бензинску станицу, убио жену или учинио нешто од онога што свакодневно пуни „црне хронике“ у таблоидима. Беспословац нема никаквих искустава са правом и срећан је што је барем успео да ангажује младог и неискусног адвоката (или што му је тог адвоката обезбедила држава).

Случај 2: Промена сцене: И Богат Имапараколикохоћешвић, послодавац који је отерао у незапосленост сиротог малопре поменутог оптуженог (након што му месецима није исплаћивао зараду), запао је у проблеме кривичноправне природе. Ставља му се на терет да је био умешан у свакојак малверзације. Те малверзације сежу од сумњивих поступака приватизације, у којима је на не сасвим јасан начин веома повољно дошао до великог богатства, па преко утаје пореза, шверца цигарета, све до наводне умешаности у злочине деведесетих са политичком позадином. Овом оптуженом не представља никакав проблем да ангажује читав тим адвоката.

У оба ова случаја поставља се питање за који систем кривичног поступка би се оптужени определили: за адверзијално или инквизиторско начело?

---

<sup>3</sup> Осим тога, нарочито ставови из англоамеричке литературе у вези са реалношћу *plea bargaining*-а, а који су цитирани у наставку, побуђују значајне сумње у то да се у случају наведеног окончања поступка заиста ради о ситуацијама које заслужују назив „консензус“.

Имајући у виду углед правосуђа, требало би да се разјасни још једно питање: какав би утисак на грађане оставио ток поступка који у оба ова случаја може да се очекује у наставку?

### **2.3. Резултат разматрања са становишта континенталноевропског правника**

Још једно питање би требало да се постави: како ће свој поступак да доживи оптужени из земље у процесу трансформације у којој је страначко начело тек уведено у кривично право? Такав оптужени већ има иза себе процес социјализације у који спада и континенталноевропско схватање улоге судије и јавног тужиоца у оквиру кривичног поступка. Зато ће он доживети огромно разочарење када се поступак против њега буде водио у складу са новим начелима адверзијалног поступка. Већ је то довољно лоше. Још је, међутим, горе то што ће он она лица која учествују у поступку на страни државе доживљавати или искључиво као противнике у поступку (реч је о јавном тужиоцу) или као пасивне учеснике (реч је о судији). Они учесници у поступку који представљају државу не предузимају ништа да би заштитили његове интересе. То нарочито важи за судију који се једино стара о томе да се поштују правила игре. Окривљени је, дакле, препуштен способностима или неспособностима свог браниоца. Појам материјалне истине овде не игра никакву улогу. Ово доводи до огорчености у односу на државу. И то не само код самог оптуженог, већ и у његовом социјалном окружењу, као и код свих који процес прате путем медија.

У овој ситуацији лако се губи поверење у правичан исход поступка. То је нарочито случај онда када оптужени установи да млади и неискусни адвокат (једини чије је услуге могао да приушти) није у стању да се носи са тужилаштвом (које искључиво заступа оптужницу, али није било истраге и у интересу оптуженог).

И не само то. У чистом адверзијалном поступку не постоји право на увид у акта тужилаштва. Оптужени и његов бранилац немају, дакле, никакву могућност да сазнају шта смера тужилаштво. У таквој ситуацији ће оптужени, који није у стању да ангажује јак тим бранилаца, брзо исказати спремност да на сваки начин оконча своје муке. Њему ће бити најважније да се поступак брзо оконча и да се по могућству избегне још гори развој ситуације. Он ће, дакле, бити спреман да пристане на *pleabargaining*. Овај ће притисак бити још израженији ако се напред наведеном придружи и немогућност да се предвиди одлука пороте и бојазан од огромних трошкова за адвоката и од судских трошкова. Она, међутим, постоји и без тих додатних отежавајућих околности.

С друге стране, наш оптужени из случаја 2 ће ситуацију доживети на потпуно другачији начин: за њега неће представљати никакав проблем да приушти помоћ квалификованих адвоката. Тужилаштво ће, напротив, поготово имајући у виду ограничене услове у којима мора да ради у држави која се налази у процесу трансформације, бити у лошијем положају од добро плаћеног тима адвоката на страни богатог оптуженог. У адверзијалном поступку ће његова позиција, дакле, бити далеко повољнија. Овом оптуженом ће и *plea bargainig* као „економска трансакција“ представљати мањи проблем него оптуженом који финансијски лоше стоји. На крају крајева, „диллови“ су у његовом окружењу део свакодневнице. Вероватно ће он у таквом „дилу“ проћи много боље од сиромашног оптуженог<sup>4</sup>. А преко тог дила ће добити потврду да он за државу представља равноправног партнера за преговоре. Дакле, кривични поступак ће потврдити његов социјални статус у смислу да је он равноправан противник државних органа кривичног гоњења. И то не само у сопственим очима, већ и у очима јавности и медија који ће највероватније на сходан начин извештавати о процесу.

Другачије је у инквизиторском поступку. Овде бранилац, после окончања истражног поступка, добија могућност увида у акта. Материјал који поседује тужилаштво није никаква ни црна ни Пандорина кутија. Тужилаштво има обавезу да спроводи истрагу и у корист окривљеног, штавише, оно може и да улаже правна средства у његову корист<sup>5</sup>. Следећи инструмент корекције крије се у томе што је судија дужан да утврђује материјалну истину. Чињеница је да и у земљама са истражним принципом постоји могућност окончања поступка споразумом<sup>6</sup>. Међутим, код ових споразума судије имају могућност шире контроле него што је то случај код *plea bargaining*-а. Осим тога, у Немачкој је искључена могућност *guilty plea*-а, пошто тамо § 257 ц Закона о кривичном поступку одређује да предмет споразума може да

4 Наравно да учињена признања увек зависе и од јачине противника. Занимљива је у овом контексту и Штунцова констатација (Stuntz, 2011: 6), да у САД у преговорима око *plea bargaining*-а тужиоци на другачији начин користе своје дискреционо право у односу на оптужене из сиромашнијих средина него у односу на имућне оптужене.

5 Тако каже § 296 став 2 немачког Закона о кривичном поступку (StPO). Овај Закон је доступан у преводу на босанско-хрватско-српски на интернет страници IRZ-а под [http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/stpo\\_bks\\_mit\\_einfuehrung.pdf](http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/stpo_bks_mit_einfuehrung.pdf). На истом месту ([http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/ristbv\\_bks\\_mit\\_einfuehrung.pdf](http://irz.de/images/downloads/bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbisch/uebersetzungen/ristbv_bks_mit_einfuehrung.pdf)) преузето 15. 06. 2015.

налази се и превод Упутства за кривични поступак и поступак кажњавања новчаном казном (Richtlinienfürdas Strafverfahrenunddas Bußgeldverfahren (RiStBV). Овај пропис представља допуну Закону о кривичном поступку. Оба текста садрже уводно објашњење.

6 Упор. у вези са ситуацијом у Немачкој (Schaberg, 2009).



буде једино висина казне. Предмет споразума изричито не смеју да буду ни мере безбедности (§ 257 ц став 2 Закона о кривичном поступку). Коначно, (не сме да се прећути да) у Немачкој влада изразито критички став према оваквим споразумима. Савезни уставни суд их, додуше, сматра уставним<sup>7</sup>, али је истовремено јасно позвао на строго поштовање законских захтева, да би се избегло неконтролисано бујање оваквих решења.

Већ ова кратка скица показује да је оптужени као слабија страна боље заштићен у оквиру инквизиторског система него у оквиру адверзаторног. У инквизиторском систему, међутим, боље су заштићена и друга важна, али често слаба, лица и посебни интереси. То су, под број један, жртве у чијем је интересу да се кривична дела која су учињена над њима расветле у погледу чињеничног стања и да се казне. Као друго, ту је јавност у чијем је интересу да се кривичноправна чињенична стања од општег значаја утврде у оквиру поступка који подлеже ревизији. Ни једно ни друго се, међутим, неће догодити уколико поступак почива искључиво на начелима адверзијалности. Овај циљ ће у потпуности бити искључен уколико се закључи *plea bargaining*. У том случају, наиме, истина остаје „иза затворених врата“. А тиме се крши још један важан интерес везан за начело правне државе: углед суда. Суд се, наиме, у очима јавности претвара у орган који пасивно посматра како слаб и незаштићен оптужени у својој невољи признаје кривична дела која можда и није учинио, док имућни оптужени преговара са тужилаштвом на истој равни.

#### **2.4. Екскурс: однос према консензуалном окончању спорова као парадокс**

Многе земље у процесу трансформације су исхитрено преузеле *plea bargaining*. За многе је овај правни институт био симбол „модерног“ кривичног права. Појам „модерног“ у овим државама игра веома важну улогу у дискусијама везаним за реформу кривичног процесног права. Испада на крају као да се у кривичном процесном праву не ради о безвременим вредностима. Подсетимо овде и на то да је појам „модерног“ тесно повезан са појмом „моде“. Ако, међутим, процес трансформације посматрамо у његовој целокупности, суочићемо се са парадоксом: правна пракса у земљама у процесу трансформације која се односи на консензуално окончање судског поступка тамо је, наиме, контрадикторна: у грађанском праву судије најчешће оклевају да подрже поравнање као одговарајућу форму споразумног

---

7 Пресуда од 19. марта 2013. године 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, сажетак на <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/bvg13-017.html> Преузето 15. 06. 2015.

решења спора између странака, пошто се прибојавају да ће их сматрати пристраснима. За разлику од тога, у кривичном праву се *plea bargainig* однедавно посматра као пожељна форма окончања поступка. Због тога је кривични процес, у којем заправо већ из разлога постојања државног захтева за кажњавање нема баш много простора за „скраћење“, у пракси наклоњенији споразумима него што је то парнични поступак. Посматрано са строго догматског становишта, заправо би требало да буде обрнуто.

### **3. Англоамеричка критика адверзијалног принципа и *plea bargaining*-а**

#### **3.1. Англоамеричка критика адверзијалног принципа и *plea bargaining*-а у кратким цртама**

Вратимо се на закључак да инквизиторски кривични поступак боље штити права слабијих него што то чини адверзиторни. Овај резултат до којег смо напред дошли сигурно никога неће изненадити, пошто долази из пера правника који је стекао континенталноевропско правничко образовање. Оно што можда више изненађује јесте чињеница да и многи правници из англоамеричког простора долазе до сличних закључака. За разлику од оних странака који у земљама Југоисточне Европе у процесу трансформације заговарају преузимање адверзиторног принципа и *plea bargaining*-а и представљају њихове нимало малобројне, али често некритичке присталице, *plea bargaining* је у земљама свог порекла све више на удару критике. При томе нису само угледни научници (међу њима је и професор са Харварда, *William J. Stuntz*, његов колега *John H. Langbein* са Универзитета Јејл (Yale), као и харвардски апсолвент *Marcus D. Dubber*, који сада предаје у Торонту) ти који критикују. И најновије пресуде Supreme Court-а у САД (Врховног суда САД) у случајевима *Missouri vs. Frye* (Work, 2014: 57) и *Lafler vs. Cooper* (Alkon, 2014: 561) сведоче о недостацима који у првом реду показују да овај систем у пракси недовољно штити оптуженог. Није неопходно да се иде тако далеко као што то чини напред поменути *William J. Stuntz* (који је у свом постхумно објављеном делу *The Collapse of American Criminal Justice* жали на то да је амерички кривичноправни систем „воз који је испао из шина“ те да се „у последњој половини 20. века распао“ (Stuntz, 2011: 1), да би се дошло до претпоставке да овај систем са становишта заштите слабијих није такав да нужно може да послужи као узор. Недостатак простора нам не дозвољава да овде представимо све критичке гласове из англоамеричке литературе који се подижу против адверзијалног система (и *plea bargaining*-а који, ако ћемо право, представља инструмент корекције којег

је развила пракса да би редуковала недостатке адверзијалног система у кривичном поступку). Ипак ћемо покушати да створимо барем утисак о разноликости и широком дијапазону аргумената који се односе на напред наведено, као и о снажном фронту критичара. При томе ћемо покушати да отклонимо и неке неспоразуме. Да бисмо читаоцу омогућили да самостално продуби ову тему на основу британске, америчке и аустралијске литературе, указаћемо пре свега на оне изворе који су доступни на интернету или у облику електронских књига.

Већ из самих наслова многих од ових радова може да се види да су у земљама свог порекла адверзијални принцип у кривичном поступку, а нарочито *plea bargaining*, све само не неспорни.

Ево једног избора таквих наслова објављених у различитим деценијама:

- *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It* (Pizzi, Samuel, 1999) (Суђења без истине: Зашто је наш систем кривичних поступака постао скуп неуспех и шта треба да урадимо да га реконструиремо),
- *Torture and Plea bargaining* (Langbein, 1978) (Мучење и *plea bargaining*)
- *Incompetent Plea bargaining and extrajudicial reforms* (Bibas, 2012) (Неспособни преговори о *plea bargaining*-у)
- *Barristers' selfish incentives in counselling defendants over the choice of plea* (Tague, 2007) (Себични подстицаји адвоката у саветовању оптужених о могућностима *plea bargaining*-а),
- *The mischief of plea bargaining and sentencing rewards* (Darbyshire, 2000) (Бесмисленост *plea bargaining*-а и „попуст“ на висини казне)
- *Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process* (Henham, 1999) (Правда на распродаји или недоступна правда? Попуст на казне и кривични поступак)
- *The Guilty Plea Discount: Rule of Law or Role of Chance?* (Robertshaw, Milne, 1992) (Попуст на казну због признања кривице: владавина права или улога прилике)
- *By-Passing the Jury – A Study of Changes of Plea and Directed Acquittals in Higher Courts* (McCabe, Purves, 1979) (Заобилажење пороте – Студија о променама *plea bargaining*-а и директних ослобађајућих пресуда увишим судовима)
- *Negotiated Justice – Pressured to plead guilty.* (McConville, Baldwin, 1979) (Испреговарана правда– присиљен на признање кривице)

### 3.2. Кратак резиме најважнијих тачака на које је усмерена критика

Критика изражена у наведеним и у многим другим публикацијама може да се сажме на следећи начин:

- Америчко кривично процесно право у САД је у односу на данашње друштво историјски превазиђено<sup>8</sup>
- *Plea bargaining*, посматран са историјског аспекта, није инструмент који се преферира у англоамеричком кривичном поступку (Langbein, 1978: 119)<sup>9</sup>
- *Plea bargaining* (којим се у САД окончава далеко више од 90 %) на више начина крши начело јавности (Stuntz, 2011: 302), (Langbein, 1978: 124, 302), (Bibas, 2012: 150)
- Огроман пораст *plea bargaining*-а објашњава се пре свега егоистичним мотивима правника који учествују у тим поступцима (Langbein, 1978: 123), (Tague, 2008: 246)
- У највећем броју случајева неповољан *plea bargaining* саветује се припадницима социјално слабијих група (Tague, 2008: 242)<sup>10</sup>
- Генерално се износи замерка да се оваквим системом припадници социјално слабијих група стављају у неповољнији положај. Тако је нпр. амерички бранилац кривичар F. Lee Bailey (који ће годинама после тога бранити O. J. Simpsona) још 1970. године констатовао да је амерички кривични поступак добар „само за криве и богате“.<sup>11</sup> Један од показатеља да кривични процесни систем уопште, али и *plea bargaining*,

8 Тако је још 1970. године амерички магазин „Лайф“ („Life“) дошао до следећег закључка: „Систем који је пре скоро два века створен са циљем да заштити четири милиона људи не може да вреди за 200 милиона“, цитирано према: USA/Strafprozess: Falsche Richtung (SAD/Krivični postupak: Pogrešan pravac), Der Spiegel од 24.08.1970, str. 80 и даље, доступно на <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html>. Преузето 15. 06. 2015.

9 На немачком језику упор. у вези са развојем *plea bargaining*-а у САД нпр. (Kobor, 2008: 5), док (Standen, 1993: 1474) такође указује на то да су судије раније контролисале поступање тужилаца приликом *plea bargaining*-а.

10 Рад који садржи занимљиву анализу разлога због којих адвокати повремено саветују и против интереса својих клијената, доступно на : <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub7830>. Преузето 15. 06. 2015. За континенталноевропске правнике овај рад је, између осталог, занимљив и због тога што указује на то колико разлика има везано за *plea bargaining* у различитим државама англоамеричког правног круга.

11 „Life“, citirano prema: Der Spiegel 24. 08. 1970.

дискриминишу припаднике социјално слабијих група јесте и висок проценат затворених Афроамериканаца. (Stuntz, 2011: 8)<sup>12</sup>

- *Plea bargaining*-ом се тужиоцима, који се често руководе и егоистичним мотивима, даје превелика моћ. *Plea bargaining*-ом држава фактички преноси своје овлашћење да кажњава на тужиоца (Langbein, 1978: 124). Држава која је лишена своје казнене власти лишена је и суверенитета, есенције државности (Dubber, 2006: 1). *Plea bargaining*-ом држава, дакле, укида саму себе.
- Као последица тога бранилац постаје гарант права оптуженог, пошто се о тим правима више не старају ни судија ни тужилаштво. Сходно томе, и заштита оптуженог зависи само од браниоца, а ако оптужени има лошег браниоца онда је он у великој мери незаштићен. (Rauxloh, 2014: 59)
- Оптужени неретко пристају на *plea bargaining* искључиво под притиском (Langbein, 1992: 121), (Young, 2013: 256)<sup>13</sup>
- Постоји и опасност да се формирају механизми који ће довести до тога да оптужени који не пристане на *plea bargaining* буде осуђен на казну која је виша од примерене. (Langbein, 1992: 121)
- Генерално, *plea bargaining* би могао да има значајног удела у томе што у оквиру земаља западних демократија САД имају највећи проценат затвореника. (Тренутно је укупан број затвореника око 2,3 милиона, ово износи 506 затвореника на 100.000 становника. У Европи одговарајуће цифре износе за Холандију 78, за Немачку 74 и за Француску 72) (Stuntz, 2011:5)
- Притоме се опет ради о припадницима социјално слабијих структура, у САД су то Американци делимично афричког порекла<sup>14</sup> (Stuntz, 2011: 6)
- То води ка дискриминацији између различитих група оптужених према „perversecriteria“: (Stuntz, 2011: 58) они оптужени којима се на терет стављају најтежи злочини јесу они који „могу да продају најкорисније

---

12 Stuntz чак иде дотле да указује на то да је проценат „prison population“ међу Афроамериканцима у САД виши од удела затвореника у укупном броју становника у Совјетском Савезу под Стаљином.

13 Упор. у вези с тим и (Ransiek, 2008: 116, 118) који упућује на даљу америчку литературу.

14 Разлог томе није само квалитет одбране који расте сразмерно финансијским средствима који стоје на располагању за ту сврху, већ и то што тужиоци своје широке компетенције користе другачије у областима где живи сиромашно становништво, а другачије тамо где живе имућнији.

информације“: због тога се њима нуде повољнији „диллови“ него лицима којима се на терет стављају сразмерно лакша кривична дела

- Коначно, пристанак на закључење *plea bargaining*-а може да резултира тиме да се осуде невина лица (Dervan, Edkins, 2013: 1)
- Најзад, постоји и опасност да се услед закључења *plea bargaining*-а уопште ни не преиспитује да ли постоје основи за искључење кривице, па тако може да се деси да се не узму у обзир (Hay, 2011: 279)
- На основу околности које смо овде приказали Langbein долази до закључка да је највећи проблем *plea bargaining*-а његова нечасност (dishonesty) (Langbein, 1992: 125)

Напоменимо овде и то да постоје, наравно, и присталице *plea bargaining*-а. Међутим, они који покушавају да утврде добре стране *plea bargaining*-а остављају необично уздржан и резервисан утисак и само потврђују ставове критичара. Нека нам као пример послужи рад Young-а, насловљен веома суздржано са „*In Defense of Plea-Bargaining's Possible Morality*“ (Young, 2013) (У одбрани евентуалног морала *plea bargaining*-а). На крају крајева, већина заговорника мора да призна да у прилог *plea bargaining*-у говоре само економски разлози (Rauxloh, 2014: 58). Young, иначе, долази до следећег закључка: „*Nothing here argues, that plea-bargaining, as actually practiced, is necessarily just, or that it cannot go wrong or be corrupted*“. (Ништа што је овде наведено не тврди да је *plea bargaining*, онако како се стварно примењује у пракси, нужно правичан, непогрешив или да се не може поткупити).

### **3.3. Посебни осврти на *plea bargaining* у земљама у процесу трансформације**

У англоамеричкој литератури постоји чак и једно истраживање које разматра ефекте увођења *plea bargaining*-а у државама у трансформацији, а међу њима је и Босна и Херцеговина, земља са којом се Србија граничи. Резултат овог истраживања је да су последице увођења овог правног института у овим државама поражавајуће. Између осталог, тиме се поткопава углед правосуђа који је изузетно важан у периоду трансформације. Расправе о садржини пресуда често се у јавности доживљавају као „пијачне расправе“. У раду се тако дословно наводи: „*Plea bargaining can contribute to a public perception, that the legal system is corrupt and run by officials not bound by the law* (Alkon, 2010: 355)“ (*Plea bargaining* може допринети јавној перцепцији да је правни систем корумпиран и да њиме руководе званичници које не обавезује право). Да ово нису само теоретске бојазни једне америчке теоретичарке показује већ и сам поглед на наслове у дневној штампи у

државама бивше Југославије. Ево примера: у једном чланку у босанском Дневном авазу<sup>15</sup>, под насловом у којем се помиње „највеће послератно суђење у БиХ“, извештава се о поступку у којем се, између осталог, претреса „организовани криминал, пет монструозних убистава, три покушаја убистава, међународна трговина дрогом, праће новца ...“. Дobar део извештаја састојао се у набрајању који су све оптужени којима се на терет стављају поменути злочини склопили споразуме са судом. („До сада су споразуме потписали оптужени С.Д., који је осуђен на пет година затвора, затим З.Ђ., који је добио ...“; затим у извештају се наставља набрајање). Даље, у овом чланку се наводи да је један од првооптужених, који то још увек није учинио, „затражио разговор с Тужилаштвом, што упућује да би и он могао склопити споразум.“ Какав утисак о кривичном поступку могу да стекну читаоци новина након оваквог чланка?<sup>16</sup>

#### 4. Зашто се у српској дискусији тако мало пажње поклања интерној англоамеричкој критици адверзијалног начела и *plea bargaining*-а?

Као што је напред приказано, адверзијални принцип и, нарочито, *plea bargaining* стручњаци у САД сматрају прилично проблематичним, при чему се нарочито критикује недовољна заштита оптужених и жртава као слабијих, односно „vulnerable groups“ у кривичном поступку. У Србији, напротив, у литератури наилазимо на ставове који остављају утисак да *plea bargaining* тамо наилази на неподељено одобравање. Бејатовић (Bejatović, 2012: 113) нпр. пише: (ауторов став је), „... да су питања везана за нормативну разраду споразуму (без обзира о којем његовом виду је реч) у новом ЗКП РС, начелено посматрано, у складу са већинским ставовима наше, и не само наше стручне јавности“. Ако занемаримо чињеницу да оваква паушална и генерализујућа констатација чуди, пошто у региону има и те како много гласова против *plea bargaining*-а<sup>17</sup> (Škulić, Ilić, 2012: 88), зачуђујуће је да критички ставови из САД, Велике Британије и Аустралије, које смо овде цитирали, у контексту актуелне реформе српског кривичног процесног права нису наишли на адекватан одјек у научној дискусији у Србији – какви год били разлози за то. Не можемо а да ово не схватимо као сигнал да

15 *Dnevni avaz*, „Crna hronika“ од 9. августа 2011. године: „Zijad Turković u centru najvećeg poslijeratnog suđenja u BiH“.

16 Једино позитивно у овом чланку је то што овим извештавањем нису угрожени међуетнички односи у БиХ, пошто се међу оптуженима из ове групе налазе и један Хајрудин, један Данијел, као и Фадил, Миленко, Муамер и Саша.

17 И аутор, који се због професије много креће по земљама региона и при томе се сусреће са многим правницима, закључио је да постоји много критичких гласова против *plea bargaining*-а, и то нарочито међу практичарима.

пре преузимања ових елемената који представљају одступање од правног система није спроведена њихова детаљна анализа. А таква анализа би у оквирима једног леге артис спроведеног законодавног поступка требало да буде извршена у оквиру процене регулаторног утицаја (*Regularly Impact Analysis*, кратко: RIA).

## 5. Закључак

### 5.1. Инквизиторски систем ефикасније штити слабије

Имајући у виду управо гледиште по којем је оптужени у односу на државу увек у слабијем положају, инквизиторски систем, који се рестриктивно односи према могућности окончања поступка споразумом и где се задржава судијска контрола над оваквим видом окончања поступка, далеко боље одговара на потребе ове групе лица, али и жртава. Осим тога, он боље кореспондира и са јавним интересом за расветљавање кривичноправно релевантних чињеничних стања од општег значаја. Коначно, оваквим поступком избегава се наношење штете угледу правосуђа самим тим што се избегава утисак „трговине правдом“. Требало би зато да се у Србији (и не само тамо, већ и у целом региону) обрати већа пажња на интензивну дискусију која се унутар англоамеричког правног система води о адверзијалном принципу и *plea bargaining*-у.

### 5.2. Држава не би смела да „одумре“ тамо где би требало да штити

Требало би на уму имати и следеће: одлука за или против једног од ова два система зависи и од тога какво се схватање улоге државе у оквиру друштва заступа. У адверзијалном систему држава је углавном пасивна, у инквизиторском систему је она активна преко тужилаштва (које има другачију улогу него у адверзијалном систему), као и преко судија (чија се улога такође разликује од улоге судије у адверзијалном систему). Чини се да неки заступају став да демократија и тржишна економија за собом повлаче иступање државе из свих могућих сфера<sup>18</sup>. Ту је изражено поверење у то да ће „тржиште све да уреди“. Улогу онога што је у средњем веку био божји суд као *deus ex machina*, који је државне судове ослобађао одговорности за изречену пресуду, преузело је према овом моделу тржиште. Уз мало претеривање то може да се опише једним цитатом Густава Радбруха (*Radbruch*): „Правна држава за Енглеза још увек представља оно што је представљала и за његове средњовековне претке: двобој на суду...“

---

18 Због чега се залажу и за то да се и јавне услуге, почев од одвоза смећа па до болница, приватизују.



(Saffering, 2014: 207) Овакав начин размишљања практично би довео до одумирања државе у области кривичног правосуђа. (Што је необично, јер је ово одумирање заправо био циљ социјалистичког друштвеног уређења).

Домети оваквог начина размишљања су, међутим, скромни. Тачно је да би држава у оквирима једне тржишно оријентисане демократије требало да одустане од тога да делује на неки начин који *ограничава* нека права тамо где то није неопходно. Међутим, и у демократској тржишној економији постоје суштинске области у којима је поступање државе *са циљем заштите права* безусловно потребно. То је пре свега случај тамо где се ради о правима слабијих. Овде је брига државе општа и неизоставна потреба. Ефикасни државни механизми заштите нарочито су нужни онда када сама држава угрожава или има могућност да угрожава ова права, као што је то случај у кривичном поступку и у поступку извршења кривичне санкције који се евентуално надовезује на поступак. Ко ово негира, тај државу у деликатној области кажњавања замењује тржиштем и конкуренцијом – а могло би да се каже и одмеравањем – снага. Право би се тиме претворило у право јачега. А ово право нема ни демократски ни социјални легитимитет. А – пре свега – оно није ни праведно.

### **5.3. Нове латинске сентенце које никоме нису потребне**

Аутору је познато да се у Србији и у другим земљама у региону сопствени правни ставови радо поткрепљују латинским правним цитатима. Због тога би аутор желео да се надовеже на ову традицију, али да одабере супротно полазиште и да на крају цитира латинске правне сентенце за које се нада да *неће* бити општеприхваћене:

*Non iustitiam sed celeratis est desinatum*<sup>19</sup>

*Pecunia sit maior quam iustitia*<sup>20</sup>

Ови цитати на најбољи могући начин формулишу суштинске аргументе у прилог *bar gaining*-у. Да ли је то оно што желимо? Или би можда било боље да и у кривичном праву важи оно што је министар за људска и мањинска права у Црној Гори, Суад Нумановић, рекао на конференцији поводом Међународног дана људских права, организованог у Бијелом Пољу, додуше у нешто другачијем контексту: „Са људским правима нема нагодбе“.<sup>21</sup>

---

19 Циљ није правда већ брзина.

20 Новац је јачи од правде.

21 <http://www.vesti.rs/Vesti/Numanovic-Sa-ljudskim-pravima-nema-nagodbе-video.html>  
Преузето 15. 06. 2015.

## Литература

*Alkon, Cynthia*, Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems?, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 19, стр. 355, 2010, доступно на [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1660469](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1660469). Преузето 15. 06. 2015

*Alkon, Cynthia*, The U.S. Supreme Court's Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 41, стр. 561, 2014, доступно на [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2423499](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423499) Преузето 15. 06. 2015

*Bejatovic, Stanko*; Sporazum o priznanju krivice (novi ZKP Republike Srbije i regionalna komperativna analiza) у *Ana Petrovic/Ivan Jovanovic* (priređivači) Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivično-procesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekt, Beograd, 2012, стр. 113 и даље, као PDF на <http://www.osce.org/sr/serbia/102745?download=true> Преузето 15. 06. 2015

*Bibas, Stephanos*, Incompetent Plea bargaining and extrajudicial reforms, 126 *Harv. L. Rev.* V. 20. November 2012, S. 150ff, доступно на <http://harvardlawreview.org/2012/11/incompetent-plea-bargaining-and-extrajudicial-reforms/> Преузето 15. 06. 2015

*Darbyshire, Penny*, The mischief of plea bargaining and sentencing rewards, (2000) *Criminal Law Review* 895

*Dervan, Lucian E./Edkins Vanessa A.*, The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem, *Journal of Criminal Law and Criminology*

Volume 103 (Winter 2013), стр. 1 и даље. Као PDF под [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2071397#](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2071397#) Преузето 15. 06. 2015

*Diehm, James W.*, The Introduction of Jury Trials and Adversarial Elements into the Former Soviet Union and Other Inquisitorial Countries, *Florida State Journal of Transnational Law & Policy* 11 (2001), доступно на [http://works.bepress.com/james\\_diehm/6](http://works.bepress.com/james_diehm/6) Преузето 15. 06. 2015

*Dubber, Markus D.*, Criminal Law in a Comparative Context, *Journal of Legal Education*, Volume 55, Number 3 (September 2006), стр. 1 и даље, као PDF на <http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/bboard/crimcomp.pdf> Преузето 15. 06. 2015

*Eser, Albin*, Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodell. Ein kritischer Vergleich mit strukturalternativen у: *Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr-*

*Kudrativ* (Hrsg.) Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Model, Frankfurt am Main, 2014, стр. 11

*Hay, Peter*, US-amerikanischen Recht - Ein Studienbuch, 5. Auflage, München-Wien, 2011

*Henham, Ralph*, "Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process" (1999) 62: 4 *Modern Law Review* стр. 515

*Kobor, Susanne*, Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and of Germany, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2008

*Langbein, John H.* Torture and Plea bargaining, Crosskey Lectures No. 4, 1978, reprinted at 46 U. Chi. L. Rev. 3 (1978), str. 3ff, kao PDF под [http://www.judicialstudies.unr.edu/JS\\_Summer09/JSP\\_Week\\_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf](http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf) Преузето 15. 06. 2015

*Langbein, John H.*: On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 15, Issue 1 (Winter 1992), стр. 119 и даље, kao PDF под [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Langbein\\_On\\_The\\_Myth\\_of\\_Written\\_Constitutions.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Langbein_On_The_Myth_of_Written_Constitutions.pdf)

*McCabe, Sarah/ Purves, Robert*, By-Passing the Jury – A Study of Changes of Plea and Directed Acquittals in Higher Courts, Oxford, 1979

*McConville, Mike/Baldwin, John*, Negotiated Justice – Pressured to plead guilty, London, 1977

*Mike McConville/ John Baldwin*, *Law & Society Review* Vol. 13, No. 2, Special Issue on Plea Bargaining (Winter, 1979), стр. 655–660

*Pizzi, William/ Samuel David*, Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It, New York/London, 1999

Pürner, Stefan, Dug i krivudav put srpskog prava (nazad) u Evropu/ "The long and Winding Road" of Serbian Law (back) to Europe, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z68/33z68.pdf> Преузето 15. 06. 2015.

*Ransiek, Andreas*, Zur Urteilsabsprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZiS)* 2008, стр. 116 и даље, доступно на [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008\\_3\\_218.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_3_218.pdf) Преузето 15. 06. 2015

*Rauxloh, Regina*, Plea bargaining in National and International Law, Oxon, New York, 2014

*Tague, Peter W.*, Barristers' selfish incentives in counselling defendants over the choice of plea (2007) *Criminal Law Review* 3

*Robertshaw, Paul*, "'Cracked Trials' – What is happening?", (1992) *Criminal Law Review* 867

*Robertshaw, Paul/ Milne, Alan*; *The Guilty Plea Discount: Rule of Law or Role of Chance*, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Volume 31, Issue 1, pages 53–75, February 1992

*Safferling, Christoph*, Die Fürsorgepflicht des Richters zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell y: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudrativ (priređivači) Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Model Frankfurt am Main, 2014, стр. 207

*Schaberg, Gerhard*, Absprache im Strafverfahren, Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins (MHR) Nr. 3/2009 od 15. септембра 2009, доступно на <http://www.richterverein.de/mhr/mhr093/m09308.htm>. Преузето 15. 06. 2015.

*Škulić, Milan*, Kritička analiza nekih odredbi novog ZKP-a Srbije iz 2011. god, y: Milan Škulić/Goran Ilić (priređивачи), *Novi ZKP Srbije – Kako je propala reforma – Šta se radi?*. Beograd 2012

*Spiegel. Der*, Falsche Richtung (Pogrešan pravac), *Der Spiegel* 24.08.1970, стр. 80 и даље, доступно на: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html>. Преузето 15. 06. 2015

*Standen, Jeffrey*, Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines, *California Law Review* Vol. 81, Issue 6, Dec. 1993, стр. 1472 и даље

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=californialawreview> Преузето 15. 06. 2015

*Stuntz, William J*, *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Massachusetts, London 2011

*Tague, Peter W.*, Guilty Plea or Trails: Which does the Barrister prefer?, *Melbourne University Law Revue* 2008, стр. 242 и даље

*Work, Mike*, Creating Constitutional Procedure: Frye, Lafler, and Plea Bargaining Reform, *Journal of Crimiminal Law and Criminology* Vol. 10 (Spring 2014), стр. 57 и даље, доступно на <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7481&context=jclc> Преузето 15. 06. 2015

*Young, Michael*, *In Defense of Plea-Bargaining's Possible Morality*, 2013

Ohio Northern University Law Review 251, za pretplatnike LexisNexis-a dostupno kao PDF pod [exisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=40+Ohio+N.U.L.+Rev.+251&srctype=smi&srcid=3B15&key=fb39d42f89fe454f66ee47d97ad7a544](https://exisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=40+Ohio+N.U.L.+Rev.+251&srctype=smi&srcid=3B15&key=fb39d42f89fe454f66ee47d97ad7a544). Прегледао 15. 06. 2015.

**Stefan Pürner, LL.D.**

German Attorney at Law (Rechtsanwalt),  
Head of Section at the German Foundation  
for International Legal Cooperation (IRZ),  
Bonn, Germany

**PROTECTION OF INDICTED AND ACCUSED PERSONS UNDER  
THE SPECIFIC CONDITIONS OF LEGAL TRANSFORMATION**

**Summary**

*This contribution is predicated upon two fundamental considerations. On the one hand, it shows that transition countries find themselves in a unique situation, for after changing the system they must first regain the confidence of their citizens without disappointing the hopes that the latter have placed in them. Among other things, it means that the citizens must not be abandoned by the state in difficult situations, but that the state must look after and care for those in disadvantaged positions (members of vulnerable groups as well as “weak” individuals).*

*On the other hand, these countries must fulfill the legitimate expectations of their citizen, by seeing to it that people are not convicted of crimes they did not commit and, the other way around, by ensuring that those who commit criminal offenses are brought to justice regardless of their position or wealth. As for the latter, there is hardly anyone who is in a weaker position than a citizen who is subject to state prosecution for the commission of a criminal offense. These individuals also constitute a “vulnerable group”.*

*If these two initial considerations are taken together, it becomes obvious that transition countries need rules of criminal procedure that protect precisely this class of citizens. The challenge facing transition countries is in fact to ensure that such individuals receive an effective legal defense. In view of the tendency of many transition countries to adopt elements of Anglo-American criminal procedure, the question as to the extent to which this satisfies the above requirements is examined.*

*Insofar as the adversarial system is concerned, it can be ascertained that this is not the case since the possibility of mounting a legal defense under this system is very much dependent upon the quality of legal counsel and therefore, realistically,*

*upon the financial resources of the defendant. As a result, this type of criminal procedure is, according to the opinion of an American (!) attorney "only good for the guilty and the rich".*

*In particular, the practice of plea bargaining is in crass conflict with the stipulated requirements. Analysis of this practice shows that it comes very close to the thinking found in Germanic law, under which punishment functions as a form of personal revenge for the wronged party. This is also what makes negotiation of an agreement regarding punishment possible. A state that tolerates such agreements ultimately declines to accept the fact that punishment of criminal acts is the responsibility of the state and, as a result, remains at a level that predates the legal achievements of the Roman law. In addition, plea bargaining leaves defendants with scant possibilities for defense, essentially without protection. Finally, it clearly shows its citizens that the state is powerless to properly implement the state's right to administer punishment. In view of the fact that such countries are for financial reasons already deficient in many regards that are important to citizens (in particular in the social area), this is a dramatic shortcoming.*

*Finally, plea bargaining could also be viewed as a reaction to specific U.S. problems in the area of criminal proceedings (unpredictability of jury decisions, the immense costs of judicial proceedings). Seen from that perspective, the introduction of plea bargaining into the European-continental legal systems could be likened to the administration of a medicine with dangerous side effects to patients who are not in any way afflicted with the disease that the medicine is intended to cure.*

*In an digression, the author points out that the emphasis on plea bargaining in transition states also reveals that the legal practice there is not based on a coherent dogmatic approach. Namely, judges in these states are very reluctant towards actively supporting parties in reaching an amicable settlement in civil procedure as they fear to be considered as biased. In contrast, in criminal proceedings, plea bargaining is considered as a desired way of solving cases. Therefore, in practice, criminal proceedings turn out to be more "settlement friendly" than civil proceedings. However, from a strict dogmatic point of view, it should be the other way round.*

*It is then shown that the prominent position of plea bargaining is not a traditional characteristic of Anglo-American criminal procedure. In fact, this legal institute has only become so important in practice in the course of the past few decades. This took place although considerable criticism of this legal institution was also voiced in the American debate. In particular, studies found in American literature also conclude that the adoption of plea bargaining by transition countries as a "legal implant" can even have a disastrous effect upon the perception of the legal system by citizens.*

*In addition, it would also seem advisable to examine the implications of legal institutes in actual practice before importing them from other countries. Yet, the record of American criminal procedure is however, in this regard more than questionable. Two circumstances suffice as examples: the U.S. has the world's largest "prison population" and it is only thanks to the tireless efforts of committed non-governmental organizations such as the Innocence Project that the lives of numerous individuals who were wrongfully condemned to death could be spared in recent years by having their cases reexamined again before their execution.*

*Under traditional continental European law, on the other hand, it is the state that is responsible for punishment. That also means that the fate of citizens may not be left to the vagaries of the interplay of forces between prosecuting authorities and the defense, and that understandings made in connection with criminal procedures must meet uniform standards. For those reasons, this system is by far the better for transition countries.*

**Key words:** *Plea bargaining, History of Plea Bargaining, Legal reform, US Criminal Procedure, Human Rights and Criminal Procedure.*

