

Др Снежана Бркић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrpfni1776271B

UDK: 343.139(497.11)

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

МОГУЋНОСТИ И ГРАНИЦЕ АМЕРИКАНИЗАЦИЈЕ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА ПРЕМА ЗКП СРБИЈЕ ИЗ 2011. ГОДИНЕ

Апстракт: *Тема овог рада сагледана је у контексту општег процеса глобализације, који углавном тече у правцу американизације преосталих делова света у свим важним областима друштвеног живота. У правној области постоји тенденција све већег приближавања континенталних права англосаксонском праву. То потврђује и нови ЗКП Србије из 2011. године. У фокусу рада је увођење адверзијалног концепта главног претреса. Аутор показује да за то није постојала стварна потреба и да је реч о некритичком преузимању једне установе из англосаксонског права, која је истргнута од свог изворишта у коме је потекла. Она није примерена нашој правној традицији и процесној култури. Осим тога, њена регулатива је неконсеквентна, непотпуна и непрецизна.*

Кључне речи: *глобализација, американизација, адверзијални главни претрес, начело истине, доказни поступак, унакрсно испитивање.*

1. Екскурс о глобализацији

На обликовање националног законодавства утичу различити фактори, међу којима значајно место заузима достигнути степен друштвеног, економског, културног и политичког развоја дате земље, као и правна традиција. Међутим, треба имати у виду да ниједан правни систем не представља изоловану појаву, која не би узела у обзир и дешавања у окружењу. О томе сведоче и најранији писани извори. Свакако да су данас ти утицаји још већи, јер живимо у ери опште глобализације. Глобализација

* sbrkic@pf.uns.ac.rs

је новији термин, који се јавио у теоријским расправама крајем осамдесетих и почетком деведесетих година двадесетог века. Међутим, сама појава коју означава та реч уопште није нова. Идеја глобализације се циклично јављала кроз историју и везивала се углавном за поједине велике империје. Она подразумева феномен растућих интегративних процеса на ширем нивоу. Томе погодује развој нових технологија, посебно телекомуникација, који доводи до “компресије времена и простора, односно до омогућавања лакших контаката међу људима без обзира на физичку удаљеност, као и бржи проток информација” (Дабовић, 2007: 9). Текућа етапа овог процеса, у којој су интензивирани напори у правцу разних облика интеграција у планетарним размерама, често се назива фазом “турбо-глобализације” (Дабовић, 2007: 11).

Феномен глобализације је истовремено и хваљен и оспораван. Ипак, чини нам се да критичара глобализације има све више. Евидентно је да процес глобализације углавном тече у правцу унификације и американизације на светском нивоу. Тако се амерички економски, политички, правни и културни образац намеће као узор у читавом свету. Досадашња пракса “турбо-глобализације” није ништа друго него покушај американизације незападних друштава, било да је реч о земљама у транзицији или о земљама захваћеним тзв. „арапским пролећем“ (Šuvaković, Kragović, 2015: 300). У том смислу, глобализација је само маска за успостављање и одржавање америчке хегемоније на светском нивоу и на свим пољима. Неки аутори примећују да су чак и они глобалистички напори који су наизглед чињени са добрим намерама често имали супротне ефекте (Stiglic, 2002: 22). Други закључују да глобализација може да буде продуктивна, хуманистичка и напредна једино ако се посматра као јединство у различитостима (Šuvaković, Kragović, 2015: 299). Здрава и дуготрајна интеграција може се постићи само неговањем културних диверзитета свих етнија.

Процеси глобализације нису мимоишли ни правну област, у којој се све више губи разлика између међународног и унутрашњег права. Међутим, овде неће бити речи о иначе друштвено оправданом процесу трансформације националних законодавстава са циљем њиховог усклађивања са међународним правним стандардима. Овде ће бити реч о утицају неких националних законодавстава на друге државе, које олако преузимају туђе правне установе, па чак и читав правни систем. Та појава најчешће се означава термином рецепција права, али и правна акултурација (Karbonije, 1992: 192) и правна трансплантација (Вотсон, 2010: 53). Можда бисмо најшире теоријске основе за објашњење овог друштвеног процеса могли наћи у Тардовом закону имитације, којим се покушава објаснити читава људска историја. Дакако да је претерано тврдити да се свако понашање

појединца или групе обликује по неком туђем моделу. Међутим, не можемо се отети утиску да је поменути механизам психосоцијалне интеракције заснован на имитирању и те како присутан у развоју савремених законодавстава. При томе се често туђа законска решења некритички преузимају, без обзира што нису сасвим уклопљива у постојећи правни и друштвени оквир земље-примаоца. Према Вотсону, једном од највећих заговорника тзв. теорије конвергенције, трансплантација је “најобилнији извор правног развитка”. Највећи број промена у већини система представља резултат позајмљивања (Вотсон, 2010: 145), што омогућава висок степен конвергенције између различитих правних система. При томе, Вотсон заступа тезу да је правна трансплантација веома лака, јер не постоји релевантна веза између права и друштва у коме оно делује (Вотсон, 2010: 146). Пошто право по њему није “огледало народа”, оно се може развијати и под утицајем сасвим маргиналних субјективних услова. Међутим, треба имати у виду да у теорији има и потпуно опречних мишљења.

2. Тенденција конвергенције два велика правна система

Еволуција европскоконтиненталног и англосаксонског правног система је у знаку напуштања њихове првобитне јаке супротстављености и непомирљивости. Уместо раније оштре дистинкције међу њима, данас се све више говори о тенденцији њиховог међусобног приближавања. Ипак, тај процес је више једносмеран него двосмеран, јер је много чешћи случај да континентална права преузимају неке установе из англосаксонског права, а не обрнуто. Према неким проценама, око трећине човечанства је мање-више претрпело утицај енглеског права (Поповић, 2007: 139).

Поменути тренд потврђује и развој савремених кривичнопроцесних законодавстава. У мешовити тип кривичног поступка,¹ који је карактеристичан за европскоконтинентална права, све више продиру адверзијални елементи, који су одлика акузаторског модела кривичног поступка у англосаксонском праву. То је последица општих глобалистичких тенденција, као и потраге за оним страним правним установама које би могле представљати ефикасније решење кризе система кривичног правосуђа. Да је акузаторски модел кривичног поступка ефикаснији од мешовитог типа, сведоче судске статистике о дужини трајања тих

1 Понекад се европскоконтинентални тип кривичног поступка означава као инквизиторски (Мајић, 2012: 193), што није тачно. Иако тај модел садржи одређене инквизиторске елементе, нарочито у фази судске истраге, он заправо представља један мешовити систем (тако и Шкулић, 2014: 13).

поступака, као и пракса Европског суда за људска права у вези са повредом права на суђење у разумном року (Плић, 2008: 40–42).

У контексту наведених прагматичних аргумената, не треба да чуди што су многе земље у транзицији пригрлиле неке адверзијалне установе, које нису у складу са њиховом правном традицијом. У том погледу ни наше право не представља изузетак. Још пре десетак година неки наши аутори су предвиђали да се ти процеси не могу зауставити и да наше право не може остати изван њиховог утицаја (Ђурђић, 2008: 35). Заокрет нашег кривичног процесног права према англосаксонским решењима био је благо наговештен још 2001. године, настављен је 2009. године а кулминирао је 2011. године, увођењем адверзијалног главног претреса.

3. Осам корака до негирања потребе за адверзијалним главним претресом

Расправу о могућностима и границама американизације главног претреса према ЗКП из 2011. године започећемо постављањем неколико питања. Сваким одговором на неко од тих питања можемо се мало више приближити централној теми овог рада и наслутити одговарајуће закључке. Такву методологију смо применили, пре свега, због тога да бисмо оповргли аргументацију коју користе редактори законског текста да би оправдали увођење адверзијалног главног претреса. Крајње поједностављено, њихово образложење своди се на следеће: прелазак на тужилачки модел истраге захтева и промену главног претреса, односно његову адверзализацију; адверзијални главни претрес претпоставља напуштање традиционално укорењеног начела (материјалне) истине; начело (материјалне) истине нам није неопходно, јер ни до сада није гарантовало постизање истинитих резултата и јер је апсолутна истина недостижна (Бељански, Илић, Мајић, 2011: 33, 44).

3.1. Да ли модел главног претреса зависи од модела истраге?

Одлучујући заокрет нашег законодавца према јавнотужилачком моделу истраге, наметнуо је још једно спорно питање: да ли таква промена истражног модела мора бити праћена и промењеним концептом главног претреса. Према једном становишту, јавнотужилачка истрага не би била неспојива са моделом главног претреса који је карактеристичан за европскоконтинентална права. Према другом мишљењу, прелазак на тужилачку истрагу нужно захтева “адверзализацију” главног претреса. Адверзијални карактер имају оне процесне установе код којих је изузетно

изражена доказна активност странака, које воде “двобој” пред судом као пасивним и неутралним арбитром.² Дакле, адверзијалност почива на поимању кривичног поступка као спора између супротстављених странака, што је класична либералистичка поставка (Damaška, 2004: 7). Наведено становиште оправдава се потребом укидања инквизиторских елемената не само у фази истраге, него и на главном претресу (Бељански, Илић, Мајић, 2011: 44). Поборници овог схватања истичу да теза да суд треба само да одлучује а не и да истражује, подједнако важи и за истрагу и за главни претрес. Другим речима, утврђивање чињеничног стања сматра се задатком странака, а не суда. То значи да суд треба да остане пасиван у доказном поступку а да се доказно активирају странке. Приликом припремања ЗКП из 2011. године превагнуло је ово друго мишљење. Зато данас имамо и сасвим другачију физиономију главног претреса, који је постао потпуно адверзијалан. Ту промену чак сматрамо радикалнијом од промене модела истраге, али је не сматрамо нужном.

Ми се придружујемо првом схватању и као пример таквог успешног споја наводимо немачко право, у коме је својевремено уведена тужилачка истрага а задржан стари, континентални модел главног претреса. Истрага и главни претрес су сегменти једног сложеног динамичког система, који припадају различито структурираним и циљно оријентисаним деловима кривичне процедуре. Зато су у начелу могуће њихове различите комбинације. Спровођење ових процесних фаза може се поверити различитим субјектима. Тиме смо далеко од тврдње да истрага и главни претрес нису ни у каквој функционалној вези и да постоји апсолутна слобода законодавца при њиховом обликовању. Тиме само хоћемо да кажемо да избор између судског и тужилачког модела истраге не мора имати никакве везе са концепцијом главног претреса. Прецизније, увођење тужилачке истраге не може служити као изговор за увођење адверзијалног главног претреса, ако у прилог томе иначе не говоре неки други аргументи.

Осим тога, баратање са функцијом истраживања и функцијом одлучивања као аргументима у овој расправи може пре да замагли ствари него да их расветли. Функција истраживања у фази истраге није неспојива са функцијом одлучивања у тој истој фази. Нема опасности од концентрације функције истраживања и функције одлучивања у току истраге у рукама једног органа – суда, јер истражни судија не одлучује о основаности кривичноправног захтева. Нespoјивост између функције истраживања и функције одлучивања постоји само на релацији истрага–главни претрес. За очување непристрасности суда који треба да изрекне пресуду, довољна

² Придев „адверзијални“ потиче од лат. речи *adversativus* (супротан) и енглеске речи *adversary* (противник, непријатељ), односно придева *adversative* (супротан).

је примена законских одредаба о обавезном изузећу судије који је у истом предмету вршио истражне радње.

Исто тако, нису међусобно неспојиве функција истраживања и функција одлучивања на главном претресу. Напротив, оне су међусобно тесно повезане и заједно утичу на исход поступка. Непосредни циљ кривичног поступка је примена кривичног материјалног права у конкретном случају. До тог циља долазимо преко радњи одлучивања, којима суд применом одговарајуће правне норме на утврђено чињенично стање утврђује (изриче) право у конкретном случају. Одлучивању увек претходи утврђивање чињеничног стања путем доказних радњи. Функција истраживања на главном претресу своди се управо на предузимање доказних радњи. Ми заиста не видимо да би суд на главном претресу био неподобан за вршење ове функције и да би се она из принципијелних разлога требала преbacити на странке. Напротив, по нашем мишљењу, сасвим је логично и оправдано да се радње доказивања и радње одлучивања стичу у истом субјекту – суду, који ће самом себи стварати чињеничну основу за изрицање пресуде. То, наравно, не значи да странке својим радњама не могу утицати на утврђивање чињеничног стања. Штавише, пожељно је да функција истраживања на главном претресу буде пропраћена елементима начела контрадикторности.

Даље се наводи да је прелазак на нови концепт главног претреса неопходан ради елиминисања прикривене пристрасности суда. Каже се да суд који је дужан да трага за евентуално постојећим доказима, несвесно а временом и полусвесно, стаје на страну јавног тужиоца. Одбрана тако уместо једног, добија и другог, много опаснијег тужиоца у поступку (Мајић, 2012: 196). Ми се не бисмо могли сложити са тврдњом да доказна активност суда на главном претресу сама по себи доводи у питање његову непристрасност. Наиме, суд је у условима важења начела истине дужан да са подједнаком пажњом утврђује како чињенице које иду на штету окривљеног, тако и оне које му иду у корист. Та његова обавеза управо штити интересе окривљеног. Зато је у литератури суд често навођен као носилац тзв. материјалне (Грubač, 2011: 179), односно допунске одбране окривљеног (Бркић, 2014: 187). Осим тога, наведена аргументација изгледа нам крајње лицемерна. Ако је окривљени раније требало да се плаши од доказне активности суда, као незаинтересованог, независног и непристрасног органа, који упорно трага за истином, како ће му тек бити у новом моделу поступка? Ако је окривљени лаик а нема браниоца, он ће бити препуштен на милост и немилост јавном тужиоцу, који није ни незаинтересован, ни независан орган. При томе не треба изгубити из вида две чињенице: а) стручна одбрана окривљеног није обавезна у скраћеном поступку, а он се води у 80% случајева; б) уставни

положај јавног тужиоца не обезбеђује му независност, а угрожава начелно прокламовану самосталност. Зато нам се чини претераном тврдња да је успостављање новог модела поступка препознато као "*conditio sine qua non* рађања новог, независног и непристрасног суда у Србији, који на овим просторима, поштено говорећи, никада није добио своју праву шансу" (Мајић, 2012: 203).

Да закључимо: нити је доказно пасиван судија нужно непристрасан судија, нити је доказно активан судија нужно пристрасан судија. Главни узрок евентуалне судијске пристрасности у континенталном моделу није доказна активност суда, већ детаљно упознавање са списима предмета из претходног стадијума поступка и раније датим исказима сведока, што може довести до формирања предубеђења и пре самог суђења (Вајовић, 2015: 103). И обрнуто: оно што највише доприноси непристрасности суда у англосаксонском праву је доследно спроведено начело непосредности и ускраћивање пороти било каквих информација пре суђења.

3.2. Да ли је могућа истина у кривичном поступку?

Да бисмо могли одговорити на горње питање, неопходно је претходно одредити шта је то истина. Међутим, веома је тешко постићи консензус о томе. То је последица чињенице да је истина један комплексан феномен који се може сагледати из разних углова. Већина аутора који разматрају феномен истине у филозофском смислу слажу се у томе да се апсолутна истина, схваћена као потпуна подударност између знања (свести) и предмета, не може спознати. Међутим, то није разлог за заузимање скептичког става и по питању да ли је могућа истина у кривичном поступку. Суд се у кривичном поступку не бави утврђивањем свих могућих околности под којима је кривично дело извршено, већ само утврђивањем правнорелевантних чињеница, а оне се у највећем броју случајева ипак могу доказати. Додуше, истина до које се дошло у кривичном поступку је релативна и субјективна (Vasiljević, 1981: 320). Када би она била апсолутна, за њу би био довољан само један доказ и била би искључена могућност преиспитивања правилности и потпуности утврђеног чињеничног стања у жалбеном поступку. Та истина је субјективна, јер из исте доказне грађе различите судије могу долазити до различитог уверења о (не)постојању одређених чињеница. Субјективизам је присутан како на страни органа који изводи и/или цени доказе, тако и на страни саслушаваних лица, с обзиром на могућност постојања различитих ограничења у погледу перцепције, памћења и репродуковања опаженог материјала. Осим тога, могућност откривања истине у поступку често ограничавају одређени правни оквири кривичне процедуре (нпр., доказне забране, забрана

преиначења на штету окривљеног; забрана понављања кривичног поступка на штету окривљеног, итд.). Без обзира на неповољно дејство свих наведених фактора, остајемо при тврдњи да је истина у кривичном поступку достижна.

3.3. Да ли је нам је потребно начело (материјалне) истине?

До сада је у нашем праву важило начело (материјалне) истине, према којем је суд био дужан да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законите одлуке.³ У теорији се често указивало на то да та истина треба да има посебне квалитете по којима се разликује од истине утврђене у неким другим поступцима. Терминолошки се та разлика покривала дистинкцијама између материјалне истине, којој стреме кривични поступци, и формалне истине, којом се задовољавају парнични поступци (Grubač, 2011: 255). У једном делу процесне теорије критикована је употреба атрибута материјална, јер се у филозофском смислу може говорити само о једној истини, која или постоји или не постоји.

До сада је најјачу брану од продора англосаксонских установа у наше право представљало управо начело (материјалне) истине. Зато је најсигурнији пут до увођења адверзијалног главног претреса ишао преко укидања тог начела. Тако смо 2011. године добили наш први процесни закон који више не прокламује начело истине. Такав потез законодавца правда се позивањем на релативност и субјективност судске истине, као и на бројне изузетке од тог начела, који су одувек на својеврстан начин ограничавали његово дејство (Мајић, 2012: 197). Редактори законског текста истичу да прокламација тог начела не представља гаранцију ма какве истиносне вредности резултата. Они минимализују стварни значај тог начела тврдњом да је оно више одражавало настојање него учинак и да је имало више етички него логички карактер (Бељански, Илић, Мајић, 2011: 14). Дакле, сматра се да од тог начела и није било неке веће користи, те да је оно само доприносило пасивности јавног тужиоца, који се углавном ослањао на доказну активност суда.

Теоријску подлогу за такве реформске захвате савремених законодавстава представљају неке правносоциолошке теорије које покушавају да сагледају суштину судских поступака не прихватајући *a priori* став о истини као њиховом циљу. Истина се ту не посматра као вредност по себи, већ као “социјални механизам који има одређене учинке” и испуњава одређене функције. Учинак истине у социјалном саобраћају је преношење редуциране комплексности, и у том смислу она је функционално еквивалентна

3 Чл. 17 ЗКП из 2001. године.

механизму моћи. Отуда се циљ правно регулисаних процедура огледа у придавању редукацији комплексности својства интерсубјективне преносивости – било помоћу истине, било стварањем легитимне моћи одлучивања (Luhmann, 1992: 41). Дакле, овде се у исту раван са једним суштинским критеријумом (истина), ставља један формални критеријум (легитимна процедура). Како се легитимност процедуре по правилу повезује са обезбеђењем права на правично суђење, не треба да нас чуди што је начело истине уступило место начелу правичног суђења, које се често сматра врховним процесним начелом (Кгарас, 2010: 79). Слажемо се са тврдњом да су неприхватљиве све теорије које негирају истину као циљ поступка: оне имају плитке темеље, јер је суштина кривичног поступка у трагању за правдом, а правде нема без истине (Давидов, 2017: 107). Уместо начела истине уведена је нова одредба, према којој је терет доказивања оптужбе на тужиоцу.⁴ Последица укидања начела истине огледа се у скоро потпуној доказној пасивности суда. Суд, који више нема обавезу да истинито и потпуно утврђује чињенице у кривичном поступку, по правилу одређује извођење само оних доказа које предложи странке. Такво решење може да буде веома штетно, како са становишта интереса окривљеног, тако и са становишта јавног интереса. Наиме, окривљени који нема браниоца тешко ће моћи да парира јавном тужиоцу, а изгубиће досадашњи ослонац у суду. Осим тога, сасвим је извесно да се у таквим условима неће увек моћи остварити циљ прокламован у чл. 1 ЗКП: да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне санкција. Свакако да осуђивање невиних лица а ослобађање правих учинилаца кривичних дела није ни у јавном интересу.

3.4. Да ли је делотворна одредба о изузетној доказној активности суда?

Према новом ЗКП из 2011. године суд није изгубио баш све прерогативе у доказном поступку, али су они рудиментарни и периферни. Наиме, суд изузетно може да изађе из оквира доказних предлога странака. Међутим, та могућност је постављена крајње рестриктивно: ако суд оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио.⁵ Ова одредба може бити предмет оправдане критике, и то из више разлога. Прво, по одлуци суда могу се изводити само они докази који су у функцији отклањања противречности или нејасноћа у доказима који су већ изведени. Али, суд нема ту могућност

⁴ Чл. 15 Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.

⁵ Чл. 15, ст. 4 ЗКП из 2011. године.

у погледу утврђивања оних чињеница у погледу којих нису били изведени неки докази. Друго, интервенција суда у доказном поступку предвиђена је као његово право, али не и обавеза. Зато суд можда неће бити спреман да користи ово право ако нема дужност утврђивања истине. Треће, нелогичан је начин активирања суда: он примарно даје налог странци да предложи допунске доказе, а тек изузетно сам одређује да се такви докази изведу. Најжешћу критику овог законског решења упутио је Шкулић, наводећи да та одредба “на малиган начин тешко ‘инфицира’ и ‘трује’ цео текст ЗКП” (Шкулић, Илић, 2012: 76).

Одредба о изузетној доказној активности суда треба да се тумачи у склопу правила о терету доказивања. Извођењем доказа *ex officio* не би се смео надомештати дефицит у доказној активности тужиоца (Мајић, 2012: 202). То значи да суд не би смео изводити оне доказе који би довели до осуде окривљеног у ситуацији када тужилац није понудио такав доказ. У том случају суд би требало да донесе ослобађајућу пресуду позивом на начело *in dubio pro reo*.

3.5. Шта је извориште адверзијалног концепта главног претреса?

Приликом рецепције страног права није довољно посматрати само неку изоловану правну установу, која нам се чини атрактивном из неких принципијелних или прагматичних разлога. Треба размотрити и шири друштвени, историјски, економски, политички или културни контекст у коме је та установа изворно поникла и развијала се. Такође, треба је сагледати и кроз призму целокупног правног система државе-даваоца у смислу препознавања њене евентуалне функционалне повезаности са другим деловима тог система. Можда су разлози за њено установљење потпуно различити од оних којима се руководи земља-прималац. “Треба водити рачуна и о том хоће ли та увезена нормативна биљка процветати кад је пресадимо у правосудно тло из којег није органски израсла” (Данаšка, 2010: 823). У том смислу веома је важно спознати њено право извориште.

Историјски посматрано, адверзијални модел главног претреса настао је и до данас се одржао у вези са поротним суђењем у англосаксонском праву, у коме је раздвојено одлучивање о чињеничним (порота) и о правним питањима (професионални судија). Судија по позиву уопште не сноси одговорност за правилност пресуде, јер није ни учествовао у одлучивању о (не)постојању кривичног дела. Порота сноси више моралну, него правну одговорност за правилност пресуде, јер нити је дужна да образлаже своју одлуку, нити се та одлука подвргава испитивању у жалбеном поступку, осим изузетно. Порота не може постављати питања саслушаваним лицима,

а професионалном судији је лако да одржи своју пасивност, јер не сноси одговорност за пресуду а лишен је било каквих претходних информација о предмету, због доследно спроведеног начела непосредности. Одговорност за исход кривичног поступка у крајњој линији сноси јавни тужилац, чија професионална или политичка каријера може бити угрожена због неуспеха у доказивању оптужбе “изван разумне сумње”.

3.6. Да ли је адверзијални концепт главног претреса примерен нашој правној традицији и процесној култури?

Иако је адверзијални модел главног претреса нераздвојно повезан са поротним системом суђења, као својим извориштем, наш законодавац приликом преузимања концепта главног претреса није преузео и англосаксонску пороту. А говорити о адверзијалном главном претресу без пороте, исто је као говорити о Ромеу без Јулије (Damaška, 2006: 7). Дакле, нови модел главног претреса је пресађен у сасвим другачији европскоконтинентални амбијент, којег одликује и морална и правна одговорност професионалног судије за утврђено чињенично стање. Пошто је он дужан да образложи своју одлуку и пошто одлука може бити побијана у жалби, нормално је оставити му слободу да и сам утврђује чињенице. Његова доказна активност на главном претресу може бити потпомогнута претходним знањем које има о предмету, будући да начело непосредности није реализовано у пуном обиму и да му се достављају истражни списи са записницима о раније датим исказима сведока. Зато се констатује да је трансформација доказно активног континенталног судије у пасивног арбитра драматично “психолошки тешка”, јер кад му се одузме улога утврђивања чињеница а остане му одговорност за пресуду, запашће у моралну дилему (Damaška, 2010: 824). Дакле, адверзијални главни претрес уопште није примерен нашем правном систему и нашој правној традицији, без обзира што је укинута начело истине. Он не води рачуна о затеченој процесној култури, која се заснива на традиционалним предоцбама о функцијама суда и о његовој одговорности за утврђено чињенично стање.

3.7. Да ли је адверзијални концепт главног претреса консеквентно спроведен?

Без обзира на очигледну спремност нашег законодавца на радикални раскид са нашом правном традицијом, адверзијални концепт главног претреса ипак није консеквентно спроведен. У прилог ове тезе навешћемо само неколико примера:

а) Адверзијални концепт главног претреса почива на доследно спроведеном начелу непосредности. Наш ЗКП то није обезбедио, јер постоји могућност коришћења истражних записника на главном претресу. То значи да су несудски докази практично изједначени са судским доказима. Тиме се фаворизује само једна странка – јавни тужилац, коме се омогућава да посредно уведе у поступак доказе које је сам извео у истрази на неконтрадикторан начин (некад и без присуства осумњиченог).

б) Са новим режимом унакрсног испитивања сведока и вештака на главном претресу нису усклађене одредбе о записничком констатовању тока главног претреса. У нашем кривичном поступку се и даље води традиционални записник у који председник већа диктира оно што сматра битним за предмет (осим у поступку за дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности). То потпуно обесмишљава модел унакрсног испитивања, који претпоставља вођење стенографских белешки или тонско снимање.

в) ЗКП омогућава да председник већа увек постави питање које доприноси потпунијем или јаснијем одговору на питање постављено од стране других учесника у поступку. То може бити озбиљан ометајући фактор унакрсног испитивања, јер председник већа не зна циљ који жели постићи испитивач, тако да може прерано поставити неко питање и тиме осујетити очекивани исход унакрсног испитивања.

г) У изворном моделу унакрсног испитивања не постоји могућност давања спонтаног исказа сведока. Међутим, наш законодавац је увео унакрсно испитивање, а задржао одредбу по којој се сведок прво позива да изнесе све што му је о предмету познато. То је неспојиво са сврхом основног и унакрсног испитивања.

д) У англосаксонском праву оштећени може да се појави само у својству сведока. У нашем праву он има статус споредног процесног субјекта и учествује у унакрсном испитивању, и то како сведока оптужбе, тако и сведока одбране.

д) У општим одредбама о сведоку ЗКП предвиђа могућност постављања питања сведоку само онда ако је то потребно ради провере, допуне или разјашњења исказа. То је супротно природи унакрсног испитивања, на које супротна странка увек има право.

ђ) Адверзијални главни претрес заснива се на равноправности странака, а ње може бити само ако окривљени увек има браниоца. Међутим, наш ЗКП не предвиђа обавезну стручну одбрану у сваком случају.

е) Задржавање жалбеног основа за побијање пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања није у складу са промовисаном доказном пасивношћу суда. Апсурдно је да се странка жали по наведеном основу ако је сама одговорна за пропусте у утврђивању чињеница.

3.8. Да ли су прецизно регулисана сва питања адверзијалног главног претреса?

Не можемо се отети утиску да је до увођења новог модела главног претреса дошло помало исхитрено и недовољно промишљено. О томе сведочи и чињеница да наш законодавац није нашао за сходно да прецизно регулише сва отворена питања која се с тим у вези могу поставити. Тако, нпр., за разлику од обимне и веома детаљне регулативе унакрсног испитивања у англосаксонском праву, ми о томе имамо једну једину законску одредбу. Овде ћемо навести само неколико питања која би законодавац морао да регулише: а) лимитирано или нелимитирано унакрсно испитивање; б) ко има право на постављање додатних питања и којим редоследом; в) установа “непријатељских сведока”; г) могућност унакрсног испитивања сведока којег је предложио други саоптужени; д) могућност унакрсног испитивања сведока којег је одредио суд по службеној дужности.

4. Закључак

Најрадикалнија промена коју нам је донео нови ЗКП из 2011. године не односи се на фазу истраге, већ на фазу главног претреса. Уведен је адверзијални модел главног претреса, који почива на укидању начела (материјалне) истине и на скоро потпуној доказној пасивности суда. Уместо тога, промовише се доказна активност странака, како у фази предлагања, тако и у фази извођења доказа. Такав модел главног претреса некритички је преузет из англосаксонског права. Његово извориште је у поротном систему суђења, који није заступљен у нашем праву. Стога такав концепт главног претреса није примерен нашој правној традицији и процесној култури. Он није ни прецизно, ни консеквентно регулисан, тако да има међусобно неспојивих и недоречених одредаба. Мислимо да није било преке потребе за тако радикалним променама нашег кривичног поступка. Иначе, у последње време продор адверзарних елемената у континенталне мешовите поступке постао је не само уобичајен, него и веома популаран. Том инвазивном таласу национална законодавства тешко се одупиру. Иако нисмо априорни противници рецепције англосаксонских установа у континенталне кривичне поступке, мислимо да томе треба прибегавати опрезно и у малим хомеопатским дозама, које имају своје оправдање

у легитимно постављеним циљевима, а које не доводе у питање сврху кривичног поступка. У том смислу, национално процесно законодавство би у процесу своје реформе требало да изгради један одбрамбени механизам у виду селективнопропустљиве мембране, која би га штитила од продора оних страних елемената који се не могу природно уклопити у структуру домаћег правног система. Склоп адверзарних елемената у нашем новом ЗКП није подобан да послужи остварењу прокламованог циља кривичног поступка, који у нашем законодавству постоји већ сто педесет година.

Литература

Bajović, V. (2015). *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Бељански, С., Илић, П. Г., Мајић, М. (2011), Предговор. У *Законик о кривичном поступку* (стр. 7–63). Београд: ЈП Службени гласник

Бркић, С. (2014). *Кривично процесно право I*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Vasiljević, T. (1981). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Savremena administracija

Вотсон, А. (2010). *Правни транспланти. Приступ упоредном праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Grubač, M. (2011). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, JP Službeni glasnik

Дабовић, Д. (2007). *Глобализација права. Усклађивање права у савременом свету*. Београд: ЈП Службени гласник

Damaška, M. (2010). Hrvatski dokazni postupak u poredbenom svjetlu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 2(XVII). 821–837.

Damaška, M. (2006). Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 1(XIII). 3–15.

Давидов, С. (2017). *Расправа о кривичном поступку. Има ли правде без истине?*. Нови Сад: Светионик

Ђурђић, V. (2008). Krivično pravosuđe Srbije danas – između zahteva društvene stvarnosti i pravnih prepreka. U *Prati li krivično zakonodavstvo društvene i ekonomske promene u Srbiji?* (str. 26–35). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2011), 101 (2011), 121 (2012), 32 (2013), 45 (2013), 55 (2014)

Плић, Р. Г. (2008). Кривични поступак између потреба и могућности. У *Prati li krivično zakonodavstvo društvene i ekonomske promene u Srbiji?* (стр. 36–49). Београд: Београдски центар за људска права

Карбоније, Ж. (1992). *Pravna sociologija*. Sremski Karlovci – Novi Sad: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića

Красас, Д. (2010). *Kazneno procesno pravo, prva knjiga, Institucije*. Загреб: Informator

Luhmann, N. (1992). *Legitimacija kroz proceduru*. Загреб: Naprijed

Мајић, М. (2012). Напуштање инквизитorskог модела кривичног поступка као нужан корак у стварању непристрасног кривичног суда у Србији. У А. Петровић и И. Јовановић (Ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (стр. 192–203). Београд: Мисија OEBS у Србији

Поповић, Д. (2007). *Увод у упоредно право*. Београд: ЈП Службени гласник

Stiglic, E. Dž. (2002). *Protivrečnosti globalizacije*. Београд: SBM-x

Стевановић, Б. (2008). *Политичка култура и културни идентитети у Србији и на Балкану*. Ниш: Филозофски факултет Универзитета у Нишу

Шкулић, М. (2014). *Кривично процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио

Škulić, M. (2006). Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku. *Pravni život*. 9. 587–611.

Шкулић, М., Илић, Г. (2012). *Нови Законик о кривичном поступку Србије. Реформа у стилу "један корак напред – два корака назад"*. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Правни факултет Универзитета у Београду

Švaković, U., Kragović, B. (2015). Globalizacija i kulturni identiteti. У V. Vukotić i dr. (Ur.), *Globalizacija i kultura*. Београд: Centar za ekonomska istraživanja Instituta društvenih nauka

Snežana Brkić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

**POSSIBILITIES AND LIMITATIONS OF AMERICANIZATION OF TRIAL
PROCEEDINGS UNDER THE 2011 SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE**

Summary

National legislation is not an isolated phenomenon which would ignore the developments in its environment. In that context, we can discuss the tendency that certain European-Continental procedures are drawing closer to the Anglo-Saxon law. Some authors even point to the Americanization of the European-Continental law as a certain form of globalization in the field of law. This trend is prominent in all the states of former Yugoslav, including Serbia. The 2011 Criminal Procedure Code of Serbia introduced the adversarial trial procedure, which is marked by an almost completely passive role of the court in fact-finding proceedings and a formal abandonment of the principle of establishing the truth. The author raises several questions: Was there a real need for this? What was gained and what was lost by introducing this type of procedure? Were all the prerequisites fulfilled? What hybrid solutions were adopted? Which provisions are imprecise, incomplete and contradictory, and which are unjustifiably absent or unchanged? The author argues that uncritical transplantation of foreign procedural solutions into the Serbian national legislation, or their non-compliance with the traditional procedural principles can be counterproductive. Not only can it constitute an artificial outgrowth without major practical effects, but sometimes it can be even devastating from the standpoint of an adequate protection of interests of certain participants in criminal procedure.

Keywords: *trial proceedings, Americanization of European-Continental procedures, Serbian Criminal Procedure Code 2011.*