

Dr. sc. Zlata Đurđević*

FLOYD FEENEY - JOACHIM HERRMANN
ONE CASE - TWO SYSTEMS
A Comparative View of American
and German Criminal Justice
Transnational Publishers, Inc. Ardsley,
New York, 2005, str. 463

Intenzivnijim razvojem u zadnjih dvadeset godina supranacionalnih kaznenopravnih sustava (međunarodnog kaznenog prava i kaznenog prava Europske unije) kojih je zadatak pronalazak *media via* između anglo-američkog *common law* i prava kontinentalne Europe, u žarištu interesa međunarodne stručne javnosti našle su se poredbenopravne studije o te dvije velike svjetske pravne tradicije. Među recentnijim izdanjima, vrijedno mjesto zauzima knjiga o poredbenom pogledu na američko i njemačko kazneno pravosuđe **Jedan predmet - dva sustava** u koautorstvu dvojice profesora kaznenog prava s različitih kontinenata. *Joachim Herrmann*, profesor emeritus Sveučilišta u Augsburgu, Njemačka, kojeg je glavno područje akademskog proučavanja poredbeno kazneno pravo, uključujući islamsko, kinesko, japansko i bivše sovjetsko, idejni je tvorac knjige. Američki dio knjige napisao je *Floyd Feeney*, profesor na Sveučilištu u Kaliforniji, SAD, koji je niz godina radio u pravosudnoj administraciji te kao i *Herrmann* podučavao na sveučilištima širom svijeta. Obojica autora imaju iskustva u praksi nacionalnog kaznenog pravosuđa što im je omogućilo da uz teoretsku poredbenu raspravu o sličnostima i različitosti pravnih instituta i načela prikažu i svakodnevicu kaznenih postupka u dva sustava.

Distinktivno obilježje knjige *Jedan predmet - dva sustava* u odnosu na mnoštvo komparativnih radova o američkom i europskom pravu je temeljenje sadržaja na jednom hipotetičnom slučaju iz uobičajene sudske prakse. U Sacramento, Kalifornija, kao i u Augsburgu, Njemačka, dogodilo se razbojništvo i teška krađa u kojoj su sudjelovali počinitelj Michael Braun i njegova pomagačica Alexandra Jung. Autori iz perspektive svog kaznenopravnog sustava opisuju i analiziraju djelovanje policijskih, tužiteljskih i sudskih tijela prema počiniteljima i etapno vođenje kaznenog postupka od počinjenja kaznenog djela do donošenja konačnih sudskih odluka o krivnji i kazni. Dijelovi knjige kroz koje autori narativno vode čitatelje kroz pojedine stadije kaznenog

* Dr. sc. Zlata Đurđević, docentica na Pravnom fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

postupka uz pozitivnopravni ima i romansirani te dokumentaristički karakter jer uz temeljne informacije o policiji, državnom odvjetništvu, braniteljima i sudovima u dvjema državama sadržava i opis glavnih procesnih likova (počinitelja, policijskih inspektora, državnih odvjetnika, branitelja i sudaca)¹ te pravnu i psihološku analizu donošenja konkretnih odluka stranaka i suda. U knjizi se nalaze i originalni procesni dokumenti kao što su razna policijska izvješća i zapisnici, nalozi, optužni akti, podnesci obrane, nagodbe, izvješća socijalne službe, porotni pravorijek, presude i sl.

Središnji i znanstveno najvredniji dio knjige je četvrto poglavlje u kojem *Herrmann* izlaže poredbeno-kritičku analizu njemačkog kaznenog postupka ističući njegove prednosti, ali i nedostatke u odnosu prema američkom pravu. Dubina promišljanja i uvjerljivost argumenata pokazuju da se radi o znanstveniku koji s jedne strane ne preže pred kritikom domicilnog pravnog sustava, a s druge strane izvrsno poznaje američko pravo, što mu omogućuje stvaranje objektivnih znanstvenih zaključaka o pravičnosti i svrhovitosti kaznenog postupka u Njemačkoj. U poredbenopravnoj analizi bitno ne zaostaje ni Feeneyjev odgovor iz američke perspektive koji se, istina, zadržava u okvirima rasprave njemačkog autora, ali pojašnjavajući rješenja američkog prava iz pravnog ali i socio-etičkog aspekta, on dovodi u sumnju neke zaključke svog koautora te postavlja nova pitanja i dileme o pravom putu sinergije dvaju velikih pravnih sustava euro-američke civilizacije.

Usporedni prikaz postupanja prema počiniteljima istih kaznenih djela u njemačkom i kalifornijskom pravu i zaključci autora čitateljima otkrivaju procesnopraktične implikacije sustavnih i načelnih različitosti dvaju sustava. Američki kazneni postupak obilježava akuzatornost kroz dominantnu stranačku dispoziciju, i to kako u odnosu prema izvođenju dokaza, tako i u pogledu disponiranja s predmetom postupka (kaznenim djelom, krivnjom i kaznom), zatim primat kaznenog procesnog prava pred kaznenim materijalnim pravom i institucija porote. Glavna komparativna obilježja njemačkog kaznenog postupka su inkvizitornost koja suca ustoličuje kao *dominus litis* u dokazivanju i u presuđenju te načelo legaliteta koje obvezuje tužitelja na kazneni progon i ograničava stranačke nagodbe. Kao što je to *Herrmann* istaknuo, akuzatorni i inkvizitorni postupak proizlaze iz različitih političkih i socijalnih vrijednosti. Akuzatorno kazneno procesno pravo odražava liberalne i demokratske ideje anglo-američkog svijeta koje postavljaju jasne granice državnoj vlasti. Inkvizitorni postupak, u kojem je traženje istine u rukama državnog tijela, tipičan je za autoritativniju i paternalističku europsku državu

¹ Autorica je akademsku godinu 1999/2000. provela na doktorskoj DAAD stipendiji na sveučilištu u Augsburgu na katedri prof. dr. sc. Joachima Herrmanna. Zanimljivo je bilo primijetiti da je autor branitelju i javnom branitelju koji se pojavljuju u knjizi dao prezimena po svojim tadašnjim asistentima Dierku Schindleru i Nikolausu Boschu.

u kojoj jaka vlast provodi kontrolu i nadzor, ali istovremeno osigurava socijalno blagostanje i pomoć.

Među mnogobrojnim distinktivnim obilježjima dvaju tipičnih kaznenih postupaka *common law* i civilnog pravnog sustava kontinentalne Europe spomenut ću ona koja su autori istaknuli kao glavna te ona koja su posebno zanimljiva iz perspektive hrvatskog pravnog sustava i kreiraju novi uvid u hrvatsko kazneno procesno pravo.

Kazneni postupak u SAD u pravilu započinje uhićenjem koje se smatra rutinskim procesnim korakom. U Njemačkoj je uhićenje, kao jedna od mjera kojima se oduzima osobna sloboda, uvjetovano ne samo općim uvjetom sumnje da je riječ o počinitelju kaznenog djela već i načelom razmjernosti te dodatnim fakultativnim pritvorskim uvjetima kao i u hrvatskom pravu. Posljedica je da u SAD dolazi do znatno većeg broja uhićenja nego u Njemačkoj. Načelo razmjernosti ograničilo je i upotrebu lisica prema uhićenicima u Njemačkoj, dok je u SAD stavljanje lisica sastavni dio uhićenja. Kao jedan od praktičnih razloga češće primjene mjera prisile navodi se posjedovanje oružja od većeg broja građana u SAD nego u Europi.

Suprotno tome, američko pravo jače štiti prava okrivljenikove obrane prilikom policijskog ispitivanja. Američka policija dužna je okrivljenika sukladno tzv. pravilima Miranda upozoriti na to da se sve što kaže može upotrijebiti na sudu protiv njega kao i na to da ima pravo na branitelja. U Njemačkoj policija nije dužna dati navedena upozorenja, zakon nije predvidio pravo na branitelja prilikom policijskog ispitivanja, iako se policijski zapisnik koristi kao dokaz na sudu, a policija može nastaviti s ispitivanjem i nakon što se okrivljenik očitovao da ne želi odgovarati na pitanja.

Poredbeno, specifična je situacija kod pretrage jer pretrazi stana veća jamstva daje SAD, a pretrazi osobe Njemačka. Pretraga stana bez sudbenog naloga u SAD je sankcionirana izdvajanjem rezultata pretrage kao nezakonitih dokaza, dok se u Njemačkoj dokazi pribavljeni nezakonitom pretragom ne isključuju automatski iz spisa predmeta, već sudac prema načelu razmjernosti važe zaštitu javnog interesa kaznenog progona i težinu zadiranja u privatnost doma u svakom pojedinom slučaju. Razlog tom razlikovanju je u tome što je u SAD kao i u RH svrha ekskluzijskog pravila discipliniranje policijskih djelatnika, a u Njemačkoj se zaštita građana od policijskog kršenja temeljnih prava postiže internim policijskim stegovnim mjerama. Osim toga, u Njemačkoj je iznimno dopušteno odobrenje pretrage i od strane državnog odvjetnika, dok je u SAD to isključiva sudska prerogativa. Suprotno od visoke zaštite privatnosti doma, pretraga osobe u SAD dopuštena je prilikom svakog uhićenja, dakle provodi se u pravilu bez sudbenog naloga.

U knjizi je razlika u postupanju s nezakonitim dokazima između dvaju sustava prikazana kroz zanimljive procesne situacije. U obje države policija je na temelju sudbenog naloga pretražila stan počinitelja sa svrhom prona-

laska ukradenih vrijednih novčića numizmatičkog kolekcionara, ali je umjesto novčića u čajniku na vrhu kuhinjske police pronašla vrećicu kokaina. Naknadno je bez sudbenog naloga, ali uz pristanak poslodavca, nasilno otvorila zaključani ormarić koji je pripadao počinitelju u automehaničarskoj garaži u kojoj je bio zaposlen te je pronašla kokain. Prema američkom pravu, teret dokaza u pogledu nezakonitosti pretrage stana koja je obavljena uz sudbeni nalog bio je na obrani, dok je teret dokaza u pogledu zakonitosti pretrage ormarića obavljenog bez sudbenog naloga bio na tužitelju. U obje države kokain pronađen u stanu smatrao se zakonitim dokazom, a američki sudac je na usmenom ročištu o zakonitosti dokaza objasnio da je pretraga zakonita jer su policajci tražili samo na mjestima gdje bi mogli biti ukradeni novčići. Pretraga ormarića na radnom mjestu bez naloga u američkom pravu ocijenjena je kao nezakonita, a u njemačkom kao zakonita. Američki sudac, ocjenjujući zakonitost pretrage ormarića, utvrdio je da je počinitelj imao legitimno očekivanje na privatnost ormarića, njegov poslodavac nije imao ovlast dati pristanak za pretragu ormarića, a s obzirom na to da nije bilo iznimnih okolnosti koje bi zahtijevale da policija nastavi s postupanjem bez naloga, pretraga je ocijenjena kao nezakonita i pronađeni kokain je izdvojen. Suprotno tome, njemački sudac je smatrao da pretraga ormarića ne predstavlja ozbiljno ograničenje počiniteljeve privatnosti. Važući između blaže povrede počiniteljeve privatnosti i nezakonitog posjedovanja kokaina, sudac je ocijenio da su pretraga i oduzimanje predmeta zakoniti.

Razlika između paternalizma i liberalizma kao prevalentne političke vrijednosti vrlo se jasno zrcali u institutu obvezne obrane. U SAD okrivljenik ima ustavno pravo na samostalnu obranu i na odbijanje formalne obrane braniteljem. U Njemačkoj se kao i u RH prednost daje zaštiti okrivljenikovih interesa i sprečavanju sudske pogreške pred pravom okrivljenika na samoodređenje te će u slučajevima obvezne obrane okrivljeniku pomagati branitelj i kada on to ne želi.

Za razliku od hrvatskog kaznenog postupka, u SAD, kao i u Njemačkoj, usmena i pismena komunikacija branitelja i branjenika vezana uz obranu u kaznenom postupku smatra se temeljnim pravom obrane i ne smije se nadzirati ni pod kakvim uvjetima.

Prednost stranačkoj dispoziciji pred načelom legaliteta ponajprije se očituje u broju kaznenih predmeta koji završavaju sudskom nagodbom a koji u SAD iznosi od 80 do 95%, a u Njemačkoj je bitno manji. Međutim, načelo ekonomičnosti i efikasnosti od 1980-ih uzima sve više maha i u Njemačkoj u kojoj se tradicionalni postupak u sve većoj mjeri zamjenjuje pregovorima između tužitelja, suca i obrane. Ipak, u Njemačkoj postoje jasna ograničenja u pogledu predmeta nagodbe s obzirom na vrstu djela kao i obvezno sudjelovanje suca u verificiranju nagodbe, dok u SAD tužitelj disponira ne samo visinom kazne već i predmetom optužbe bez obzira na težinu djela.

Visok broj nagodbi u SAD uvjetovan je i vrlo strogim kaznenim pravom pa su okrivljenici nedvojbeno prisiljeni nagađati se s tužiteljem kako bi izbjegli dvostruku zatvorsku kaznu. U knjizi je *Feeney* prikazao tri verzije kaznenog postupka prema istom počinitelju za isto djelo – nagodbu, koja je rezultirala sa sedam godina zatvora, i dvije verzije suđenja pred porotom, koje su ovisno o dokazima optužbe završile sa 10 odnosno 13 godina i osam mjeseci zatvora. U Njemačkoj se vodio jedan postupak u kojem je isti počinitelj osuđen na šest godina zatvora. Posebnu strogost kalifornijskom pravu daje zakon o počinjenju triju kataloških kaznenih djela nakon kojih se počinitelj osuđuje minimalno na kaznu od 25 godina do doživotnog zatvora bez obzira na to što zadnje konkretno kazneno djelo u nizu nije osobito teško (“*three-strikes law*”). Takav nerazmjer između kaznenog djela i kazne nepoznat je u europskom kontinentalnom pravu ne samo zbog blažih kazni već i zbog ustavnog načela razmjernosti koje nije priznato u američkom kaznenopravnom sustavu. Osim toga u mnogim američkim državama propisan je sustav apsolutno određenih kazni kroz tablice kažnjavanja (*sentencing guidelines*) prema kojima visina kazne ovisi o dva elementa - težini djela i recidivu.

Glavna konstrukcijska razlika u stadiju rasprave akuzatornog i inkvizitornog postupka je u sastavu i procesnim ovlastima suda. U američkom pravu uloga suda je podijeljena između porote koja sudi o činjenicama i suca profesionalca koji sudi o pravu. U Njemačkoj teža kaznena djela sude prisjednički sudovi u kojima suci porotnici osiguravaju demokratsku legitimaciju i vođenje postupaka na način razumljiv za laike. Ponašanje suca profesionalca u dva sustava dijametralno je suprotno. U američkom pravu sudac je pasivan i nema ovlasti predlagati niti izvoditi dokaze. Porota štiti tijekom cijelog suđenja, a sudac rješava jedino pitanja dopustivosti pojedinih dokaza i daje upute poroti. Njemačka glavna rasprava obilježena je inkvizitornom maksimumom prema kojoj sudac profesionalac ne samo da ima glavnu riječ pri odlučivanju o krivnji i kazni već i u dokaznom postupku jer samostalno izvodi dokaze i utvrđuje činjenice te prvi ispituje okrivljenika i svjedoke, dok su stranke marginalizirane.

Bitno je različit i položaj tužitelja u dva sustava. U Americi, tužitelji su u mnogim državama politički snažne figure koje su izabrale neposredno lokalne zajednice i podložni su izborima svake četiri godine. Suprotno tome, njemački državni odvjetnici djeluju kao birokrati u državnoodvjetničkoj organizaciji koja je organizirana hijerarhijski i monokratski na državnoj razini. Državni odvjetnici su državni službenici od karijere i nisu podložni političkim utjecajima jer odgovaraju višim državnim odvjetnicima, a ne lokalnoj zajednici.

Zanimljivo je i na koji su način dva sustava uspjela pribaviti iskaz od pomagačice u kaznenom postupku protiv počinitelja. Američki tužitelj se nagodio s okrivljenom pomagačicom da će ispustiti dio optužbe u zamjenu za svjedočki iskaz protiv počinitelja. U Njemačkoj bi se takav iskaz sma-

trao danim pod prisilom i stoga nevjerodostojnim, ali je on prihvatljiv nakon pravomoćno okončanog postupka prema pomagačici. S obzirom na to da nakon pravomoćnosti presude više ne postoji opasnost od samooptuženja, supočinitelj ili sudionik dužan je tada dati svoj iskaz u kaznenom postupku kao i svaki drugi svjedok. Stoga državni odvjetnici i sudovi u Njemačkoj razdvajaju postupke radi pretvaranja suokrivljenika u svjedoka u postupku protiv drugog suokrivljenika.

Dominacija načela pisanog odnosno usmenog postupka povezana je sa sljedećim obilježjima postupka. Akuzatorni američki postupak je usmen, sud većinu sudskih odluka donosi u sudnici ili neformalnim razgovorom sa strankama, suđenje traje kontinuirano, a obrazloženja odluke o pritvoru, optužnice ili pravorijeka porote ne postoje. Pravni lijekovi podnose se na temelju transkripata glavne rasprave. Njemački kazneni postupak u velikom je dijelu pismen, predraspravne odluke i kazneni nalog donose se u pismenom postupku, komunikacija među subjektima postupka u velikom je dijelu pisana, a sudske odluke detaljno su pisano obrazložene. Primat načela usmenosti odnosno pismenosti uvjetuje i vrlo različito poslovanje sudske uprave u SAD i Njemačkoj. S tim je povezano i kontinuirano te kraće trajanje postupka u SAD gdje u pravilu prođe 60 dana od podnošenja kaznene prijave do donošenja odluke na suđenju. Suprotno tome, u Njemačkoj glavne rasprave traju kroz vremenski udaljena ročišta i po više godina.

U oba sustava obrana ima pravo uvida u tužiteljski spis predmeta te može zahtijevati od tužitelja da joj dostavi spis predmeta radi kopiranja. Razlika ipak postoji u tome što u SAD dužnost razotkrivanja dokaza (*discovery, disclosure*) vrijedi za obje stranke, dok u Njemačkoj obrana nije dužna otkriti svoje dokaze tužitelju prije glavne rasprave.

Američki kazneni postupak konstruiran je na način koji predviđa donošenje dviju konsekutivnih odluka o krivnji i kazni. Prvo porota odlučuje o krivnji, a nakon toga sudac na temelju detaljnog izvješća socijalne službe (*probation report*) odlučuje o kazni. Prednost razdvajanja odluke o krivnji i kazni je u tome što se ne troši vrijeme na prikupljanje dokaza i okolnosti važnih za kaznu u slučaju oslobođajuće odluke, kao i dopuštanje sudu uvida u kaznenu evidenciju tek nakon donošenja odluke o krivnji. U Njemačkoj sud dobiva na uvid okrivljenikovu kaznenu evidenciju prije donošenja odluke o krivnji, što svakako može utjecati na njegovu nepristranost. K tome se obrana stavlja u težak i oprečan položaj jer mora istodobno dokazivati okrivljenikovu nedužnost i pokajnički se odnositi prema djelu pledirajući za što manje kazne.

Daljnje specifičnosti američkog kaznenog pravosuđa su ove: postojanje poduzeća za posudbu novca za jamstvo osumnjičenicima (*bail bond firm*) uz naknadu od 10% iznosa jamstva; optužba je skup inkriminirajućih pravnih zaključaka, a ne skup činjenica, što dovodi do višestrukih pravnih inkriminacija za isto činjenično stanje; početni govori stranaka na suđenju koji, za

razliku od završnih govora stranaka, nisu poznati u kontinentalnom kaznenom postupku; obveza okrivljenika da govori istinu ako iskazuje kao svjedok, što se u kontinentalnom kaznenom postupku smatra suprotnim privilegiju od samooptuživanja; svjedoci po čuvenju u pravilu nisu dopušteni (*hearsay rule*) jer porota nije promatrala svjedoka dok daje iskaz i druga stranka nije imala mogućnost protuispitivanja; završnu riječ na suđenju ima tužitelj; pravo na pravne lijekove vrlo je ograničeno, i to tako da tužitelj uopće nema pravo na žalbu, a okrivljenik se može žaliti samo na povredu prava, a ne i na činjenične povrede.

Zanimljivosti njemačkog kaznenog postupka jesu: suci, državni odvjetnik kao i branitelj nose odore na glavnoj raspravi; sudski spis priprema policija i državno odvjetništvo pa je upitna objektivnost suca; okrivljenik se još uvijek ispituje na početku dokaznog postupka, dakle prije nego su izvedeni dokazi optužbe; kazne su u odnosu na američki postupak blage - 80% novčane kazne, 12% uvjetne osude, oko 7% zatvorske kazne; od 2004. godine zakonom je ukinuta dužnost svjedoka da daju prisegu; sudac može na glavnoj raspravi postavljati sugestivna pitanja (*leading questions*).

