

## POLITIČKE KULTURE, SOCIJALNA EPISTEMOLOGIJA I ISTINA U KRIVIČNOPROCESNOM PRAVU

### POLITICAL CULTURE, SOCIAL EPISTEMOLOGY AND TRUTH IN THE CRIMINAL PROCEDURE

#### *Sažetak*

*Promjene koje su 2003. godine provedene u našem krivičnom zakonodavstvu postavljaju pitanje opravdanosti radikalnih transplantacija prava. Različiti proceduralni sistemi krivičnog prava uslovljeni su različitim tipovima političkih kultura. Tako, uporedo sa pravnim kulturama prema kojima je osnovni cilj kriminalne procedure utvrđivanje istine o krivičnoj odgovornosti okrivljenog, postoje shvatanja da se krivična procedura zasniva na proceduralnoj pravdi. Članak pokušava da ustanovi topičku šemu u okviru koje bi mogli potražiti odgovor na pitanje da li je normativna arhitektura našeg novog proceduralnog prava, koja favorizuje vrijednosti adversarnog sistema, kompatibilna sa našim temeljnim kulturnim, političkim i epistemološkim tradicijama.*

***Ključne riječi:** krivična procedura, proceduralna pravda, politička kultura, socijalna epistemologija*

#### *Summary*

*The changes which were implemented to our criminal legislation in 2003 raise the issue of justifying such radical law transplants. Different procedural systems of criminal justice are governed by different types of political culture(s). Hence along with these legal cultures, according to which the main goal of criminal procedure is establishing the truth about the criminal responsibility of the accused, there is also the idea that criminal procedure is based on procedural justice. This article attempts to establish a topical scheme in which we can examine whether the normative architecture of our new procedural legislation, which favors the values of the adversarial system, is compatible with our basic political, cultural and epistemological traditions.*

**Key words:** *criminal procedure, procedural justice, political culture, social epistemology*

## Uvod

Polovinom 2003. godine usvojene su izmjene procesnih krivičnih zakona Bosne i Hercegovine (BiH).<sup>1</sup> Izuzev transplantacije pravnih ideja i instituta, na ovaj je način provedena i transplantacija jedne drugačije političke kulture i filozofije prava. Među izmjenama najznačajnije su one kojima se preuzima stranačka konstrukcija krivičnog postupka, te uvode nova pravila prihvatljivosti dokaza, što dovodi do kompromitacije načela utvrđivanja materijalne istine,<sup>2</sup> a sve u svrhu promocije vrijednosti etičkog individualizma.

---

1 Zakoni su nametnuti odlukom Visokog predstavnika i pod snažnim pritiskom međunarodne birokratije. Ipak, treba znati da su se slične promjena zadesile i preostale postkomunističke zemlje, pa čak i u Italiju još 1988. godine. Radi se dakle o dubokima društvenim transformacija koje se dešavaju pod pritiskom novog svjetskog poretka, sa njegovim „sopstvenim institucijama i strukturama moći, koje suspenduju prethodne strukture povezane sa nacionalnom državom.“ (Veltmeyer H. urednik: *Globalization and antiglobalization: dynamics of change in the new world order*; Ashgate Pub. Co.; 2005. str. 12.) Socijalni inženjering na polju transplantacije „poželjne“ pravne kulture pokrenuo je procese uništenja „zajednica kulturnog tipa“ koje nisu zasnovane samo na „eksplicitnim pravilima i regulativama, već na etičkim običajima i recipročnim moralnim obavezama, koji su interiorizirani od svakog člana zajednice.“ Fukujama, F.: *Sudar kultura*; Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Beograd, 1997.g., str. 16.

2 Epistemologija prava oduvijek je počivala na premisama teorije korespondencije. Ključni standardi dokaznog prava poput „intimnog sudijskog uvjerenja“ kontinentalnog prava, ili „izvan razumne sumnje“ anglosaksonskog prava, predstavljaju samo pravnu formulaciju internog (psihičkog ili naturalističkog) elementa teorije korespondencije. Sudijsko uvjerenje je zapravo znanje koje ima osobinu opravdanog vjerovanja do kojeg sud dolazi na osnovu valjanih razloga ili adekvatnih svjedočanstva. (Feldman, R.: *Metodološki naturalizam u epistemologiji*; Greco J., Sosa E., urednici; *Epistemologija, vodič u teorije znanja*; Jesenski i Turk, Zagreb 2004. str. 211.) Teorija korespondencije ne samo da je najstarija i u filozofiji najšire prihvaćena od Aristotela sve do B. Russela, nego nema plauzibilne alternative. Odmak od teorije korespondencije u posljednje tri dekade manje je napredak, a više stvar intelektualne mode. Koherentizam i eksternalizam ne bi bili naročito privlačni kada ih njihovi pobornici ne bi smatrali alternativom internalističkom fundacionalizmu. (BonJour, L.: *Dijalektika fundacionalizma i koheretizma*; Greco, str.147.) Prema teoriji korespondencije (internalističkog fundacionalizma ili realističke koncepcije istine) istina je svojstvo logičkog suda, a sastoji se u slaganju misli i stvari (*adequatio intellectus et rei*), dakle, korespondenciji suda sa onim o čemu sudimo, a što je takvo kakvo jeste, bez obzira kako mi o njemu sudili. Ovako shvaćena istina – opravdano vjerovanje da takvo slaganje postoji – nije neko interno svojstvo suda, nego to svojstvo sud posjeduje u odnosu prema realnosti.

Teško je reći kakvi su dosadašnji efekti promjena, te šta će nam one donijeti u budućnosti. Bilo bi jednostavno prikloniti se optimističkom, proevropskom konformizmu, koji nas uvjerava kako se radi o nužnoj reformi od koje ćemo imati koristi.<sup>3</sup> **Naša je teza, međutim, da treba porazmisliti o izvornim značenjima i posljedicama ideja koje prihvatamo pod krinkom osavremenjivanja krivičnog postupka,<sup>4</sup> jer, da parafraziramo Fukujamu, dekretom se može uspostaviti centralna banka ili vojska, ali pitanje je da li se dekretom može promijeniti shvatanje istine.<sup>5</sup> U ovom radu neće se govoriti o najširim aspektima ovog problema; članak će se ograničiti na ispitivanje epistemološke veze između političkih kultura i različitih modela krivičnog postupka.**

## 1. Tipologija političkih kultura

U cilju uspostavljanja opšteg istraživačkog okvira potrebno je, na prvom mjestu, progovoriti o tipologiji političkih kultura u okviru kojih se razvijaju sistemi epistemičkog vrednovanja. Moguće su različite klasifikacije teorijskih i empirijskih oblika političke kulture.<sup>6</sup> Ukoliko primijenimo funkcionalističke kriterije govorićemo o parohijalnom, podaničkom, participativnom ili građanskom tipu; ako usvojimo ideološko-vrijednosne kriterije prepoznaćemo moralističku, individualističku i konzervativnu političku kulturu. Dok, sa jedne

---

3 Tzv. zemlje u tranziciji podvrgnute su konstantnom „demokratskom pritisku“. Tako je u Bukureštu od 13. do 15. maja 2007. godina održana Regionalna ekspertna konferencija u organizaciji fondacije Konrad Adenauer koja je imala za cilj da raspravi probleme „osnovnih ljudskih prava i sloboda“ kroz pitanja: pravo optuženog na pravičan postupak, pravo okrivljenog da šuti i ne odgovara na postavljena pitanja, pravo okrivljenog da bude informisan o svojim pravima itd. Sijerčić-Čolić, H.; Regionalna ekspertna konferencija „zaštita ljudskih prava u Evropi: prava osumnjičenih i optuženih u krivičnim postupcima u Jugoistočnoj Evropi“ (Bukurešt, Rumunija, 13-15. Maj 2007.); Pravna misao, Sarajevo; br. 38/2007/ 5- 6, str. 73. – 77.

4 Mirjan Damaška, profesor na Yale univerzitetu i priznati autoritet u oblasti američkog i komparativnog procesnog prava, skeptičan je u pogledu brzopletog napuštanje domaćih procesnih tradicija. On predlaže da se o promjenama odlučuje „na osnovi realistične procjene prednosti i nedostataka alternativnih uređenja kaznenog postupka.“ Damaška M.: O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog kaznenog postupka; Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 14. broj 1/2007. str. 3.-14.

5 Stabilne društvene institucije, kaže Fukujama, ne mogu se uspostaviti na dekretski način na koji se stvara centralna banka ili vojska. Uspješnost društvenih institucija zavisi od običaja, navika i morala ljudi. Fukujama, F. op. cit. u bilj. 1. str. 14.

6 Vujčić, V.: Tipologija političke kulture, Politička misao; Fakultet političkih znanosti Zagreb; Vol XXXV, (1998.), br. 4, str. 98. – 131.

strane, F. Hayek političku filozofiju posmatra kao socijalističku (komunitarnu), konzervativnu i liberalnu,<sup>7</sup> dotle A. Wildavsky razlikuje četiri tipa političke orijentacije: individualističku, hijerarhijsku, egalitarističku i fatalističku.<sup>8</sup> Može se takođe govoriti i o liberalnom, konzervativnom i radikalnom profilu političke kulture. Sve ove tipologije mogu poslužiti kao referentni okvir za analiziranje kulturnih tradicija, religije, obrazovanja, organizacije vlasti nekog naroda ili države.<sup>9</sup> Njihova značajna heuristička i hermenautička vrijednost pokazuje se naročito pri mapiranjima razlika i sličnosti u temeljnim vrijednosnim opredjeljenjima različitih kultura i civilizacija, kao što je tu učinjeno u globalnim komparativnim analizama kakve su Kulturne dimenzije Geerta Hosteda,<sup>10</sup> ili WVS - Pregled svjetskih vrijednosti,<sup>11</sup> čijim podacima ćemo se koristiti u ovom radu.

Sada, kada smo slobodniji da o političkim kulturama razmišljamo kao o velikim teorijama, ili o temeljnim vjerovanjima o svrhama vlasti<sup>12</sup> – dakle, mimo nametnutog izbora za ili protiv demokratije, za ili protiv ljudskih prava – možemo reći da Wildavsky o tipovima kultura govori kao o *ravnopravnim* odgovorima na pitanja socijalnog života. Za njega je kultura individualizma samo jedna od zasebnih političkih orijentacija koja traži malo propisa i ograničenja, i u kojoj prisilu treba ograničiti na zaštitu ljudi i njihovog vlasništva kako bi pojedinci slobodno slijedili sopstvene interese. Sa duge strane, kultura hijerarhije orijentisana je prema statusu i ulogama ljudi u društvu, dok kultura egalitarizma obilježava ona društva u kojima postoji odanost kolektivnom odlučivanju kao načinu povezivanja pojedinaca i eliminaciji nejednakosti među članovima zajednice. Kultura fatalizma razvija se u kombinaciji slabih grupa i jakih propisa, što može dovesti do uticaja vjerskog fanatizma. Posebno je važno naglasiti slijedeće: premda se kultura individualizma zasniva na takmi-

---

7 Hayek, F. A., *Why I Am Not a Conservative; Constitution of Liberty*; Chicago: The University of Chicago Press, 1960, tač. 2. str. 2.

8 Vujčić, op. cit. u bilj. 6, str. 98.

9 Vujčić, *ibid.*

10 Geert Hofstede, profesor emeritus na Maastricht univerzitetu, istražuje globalne kulturne razlike. Rezultati njegovih istraživanja dostupni su na stranici: Geert Hofstede™ Cultural Dimensions, Hofstede, G. Itm International, ([http://www.geert-hofstede.com/hofstede\\_iran.shtml](http://www.geert-hofstede.com/hofstede_iran.shtml)).

11 WVS - Pregled svjetskih vrijednosti (The World Values Survey- WVS) je svjetska mreža istraživača iz oblasti društvenih nauka. Prati promjene kulturnih vrijednosti i njihove uticaje na društveni i politički život. WVS u saradnji sa Evropskim vrijednosnim studijama (European Values Study - EVS) sproveo je u periodu 1981 -2007. reprezentativne nacionalne ankete u 97. zemalja koje pokrivaju skoro 90 % svjetskog stanovništva. The World Values Survey- WV, (<http://www.worldvaluessurvey.org/>).

12 Vujčić, op. cit. u bilj. 6, str. 116.

čenju za moć, kultura hijerarhije na kontroli ljudskih odnosa i moći, a kultura egalitarizma na distribuciji jednakosti – svaka od ove tri političke orijentacije, a ne isključivo kultura individualizma, omogućava politički pluralizam i demokratiju.<sup>13</sup>

## 2. Socijalna epistemologija

Posmatrano iz ugla socijalne epistemologije, svaka od ovih političkih kultura, ili velikih teorija društva, podupire i uobličava specifične obrasce saznanja.<sup>14</sup> Kulture omogućavaju opažanja, sjećanja i razmišljanja; u njihovim okvirima odvijaju se neprestani i neprekinuti društveno usmjereni načine proizvodnje istine, ili, bolje rečeno, ostvaruju se uslovi za djelovanje zajedničkih sistema epistemičkog vrednovanja koji odgovaraju na centralno pitanje epistemologije šta je to istina. Ovi zajednički sistemi vrednovanja društveno su usmjereni zato što o pojmu istine i standardima epistemičkog vrednovanja učimo uočavajući spoznajna stanja drugih članova društva.<sup>15</sup> Zajedničko vrednovanje unapređuje spoznaju tako što djeluje kroz društveni sistem provjere i sankcionisanja, a njegov sadržaj stoji u uskoj vezi sa spoznajnim funkcijama specifičnih kultura i političkih orijentacija. Ako sistem epistemičkog vrednovanja služi glavnim društvenim svrhama, onda on opredjeljuje i epistemologiju krivičnog prava. Ili, kako je to kaže prof. Damaška, „kao što su Don Quijote i njegov štitonoša bili osjetljivi na različite oblike realnosti, tako i pravnici obrazovani u različitim sustavima vlasti mogu promatrati isti predmet, a vidjeti druge stvari.“<sup>16</sup>

Međutim, učestale su tvrdnje kako su neki standardi pravne epistemologije, poput načela materijalne istine, razvijeni u totalitarnim režimima, dok su neki drugi, poput, „imanentne procesne istine“, svojstveni demokratskim političkim sistemima.<sup>17</sup> Nakon krute ideološke podjele političkih kultura na crne i bijele, gdje su one crne automatski otpisane, predlaže nam da se napustimo zastarjelu korespondencijsku teoriju istine.<sup>18; 19</sup>

---

13 Ibid., str. 118.

14 Shmitt, F.: Socijalna epistemologija; Greco, op. cit. u bilj. 2, str. 439–440.

15 Individualistički pristup saznanju polazi od toga da sva vjerovanja moraju biti opravdana iz prve ruke, a ne po svjedočanstvu društvenog znanja. Greco, op. cit. u bilj. 2, str. 442.

16 Damaška, M.: Lica pravosuđa i državna vlast; Globus, Zagreb, 2008, str. 71.

17 Uzelac, A., Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 42/ 4, 1992, str. 419–432.

18 Ne kaže se, naravno, koja bi teorija istine trebala stupiti na mjesto teorije korespondencije, osim možda semantičke teorije, kao jedne od „znanstveno najozbiljnijih teorija istine“. Uzelac, ibid., str. 429.

19 „Nažalost“, ističe se u krugovima međunarodnih eksperata,“ princip utvrđivanja materijalne istine, za koji lično vjerujem da više nigdje nema ustavni stuas, još uvijek snažno uti-

Sada se pokazuje metodološka vrijednost prethodnog izlaganja o tipologijama političkih kultura. Demokracija, naime, nije rezervirana za političku kulturu individualizma.<sup>20</sup> Ali, čak i da je jeste, čak i da su alternativne kulture inferiorne, što se implicira, to još uvijek ne znači da transplantacija drugačijih obrazaca saznanja ne predstavlja čin epistemičkog nasilja, ili brisanja kultura, što su neki od centralnih pojmova savremenih postkolonijalnih studija.<sup>21</sup> U okviru tih istraživanja razvijene su i metode za raskrinkavanje suptilnih mehanizama kulturnog imperijalizma, posebno njegovih logocentričnih pretpostavki među kojima je i ona o univerzalnoj vrijednosti kulture ljudskih prava.<sup>22</sup>

### 3. Primjena teorijskih modela

Primijenivši svoj model Wildavsky je utvrdio kako su čak i političke kulture Evrope obilježene vrlo jakim hijerarhijom, umjerenim individualizmom, te slabim egalitarizmom, a samo politička kultura Sjedinjenih Američkih Država (SAD) predstavlja kombinaciju jakog individualizma, slabe hijerarhije, te fluktuirajućeg egalitarizma.<sup>23</sup> Slične vrijednosti pokazuju i mjerenja Kulturnih dimenzijama G. Hofstede.<sup>24</sup> (tabele 1–6).

---

če na krivične sudove.“ Thaman, S.C.: Truth or Due Process: The Use of Illegally Gathered Evidence In The Criminal Trial; General Report on Criminal Procedure: XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law: Washington, D.C. July 25-Aug. 1, 2010; str. 62.

20 Amerikanci su bili iznenađeni kada su saznali da Japan praktikuje demokratiju i kapitalizam prema kulturnim normama koje su različite od onih u SAD. Japanski poslovni ljudi, naprimjer, radije kupuju jedni od drugih, umjesto od stranih kompanija koje za istu cijenu nude bolji kvalitet. Fukujama, op. cit. u bilj. 1. str. 14.

21 O postkolonijalnim studijama vidjeti: Spivak, G. C.: “Can the Subaltern Speak?” Cary Nelson and Lawrence Grossberg’s in *Marxism and the Interpretation of Culture*, 1988. str. 271. – 312.

22 Insistiranje na tome da se ljudska prava pretvore u globalno javno dobro “u najboljem slučaju postaje strategija za političko ponašanje koje oblikuje nemilosrdnu transformaciju normativnosti ljudskih prava, ali, ne kao cilj, nego kao sredstvo za cilj, pri čemu se cilj ogleda u praksama, procesima, i institucijama vlasti. Moto ‘nema vlade bez ljudskih prava’ uspio je transformirati ljudska prava u cilj novog imperijalizma.“ Mackleid-Garcia S., Cali B., urednici: *The legalization of human rights: multidisciplinary perspective on human rights and human rights law*; Routledge, 2005. str. 191.

23 Vujčić, op. cit. u bilj. 6, str. 98.

24 Geert Hofstede™ Cultural Dimensions, Hofstede, G. Itm International. Dostupno na: ([http://www.geert-hofstede.com/hofstede\\_iran.shtml](http://www.geert-hofstede.com/hofstede_iran.shtml)).

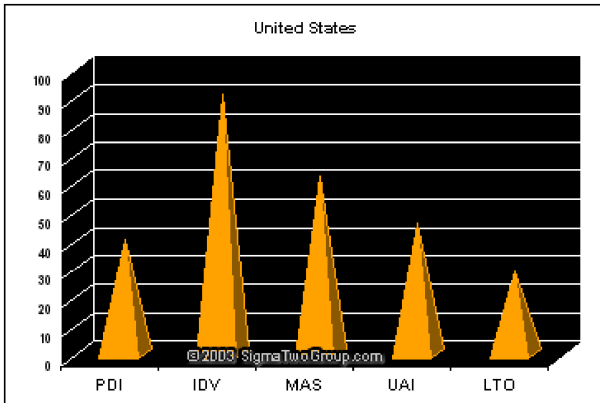


Tabela 1

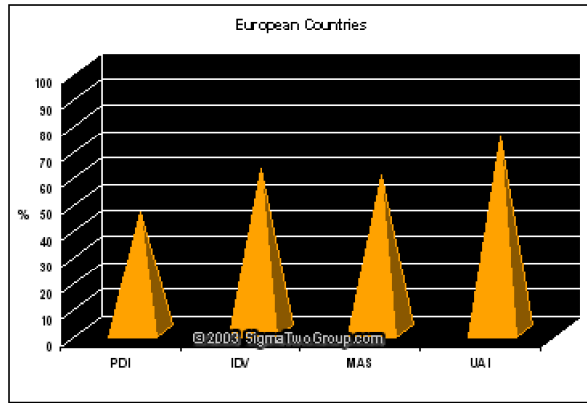


Tabela 2

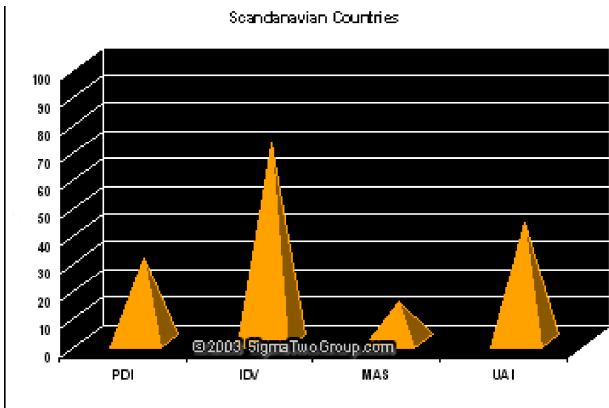


Tabela 3

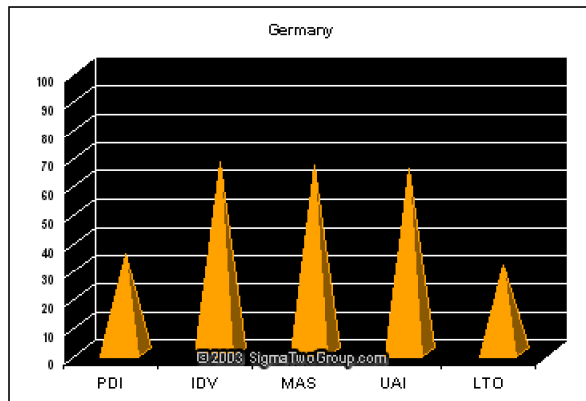


Tabela 4

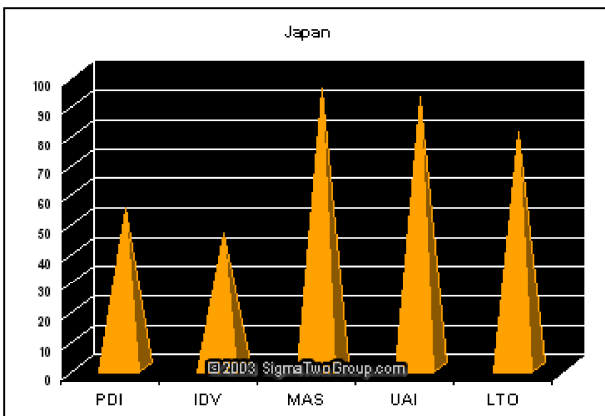


Tabela 5

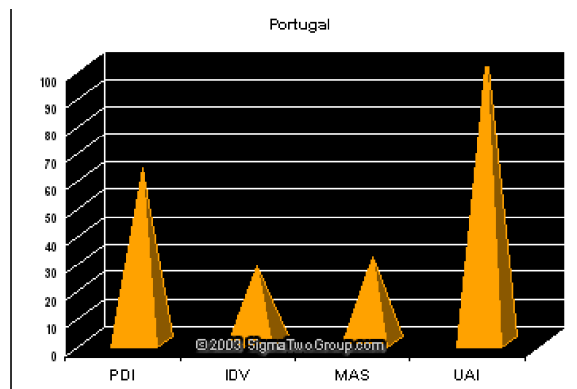


Tabela 6

Ako pogledamo ponuđene tabele Hofstedovih kulturnih vrijednosti,<sup>25</sup> zapažićemo kako je PDI – indeks hijerarhijskih vrijednosti, viši na nivou prosjeka starih članica Evropske Unije (EU)<sup>26</sup> nego u SAD, ali je zato u najrazvijenijim članicama EU niži nego u SAD. Posebnu pažnju potrebno je obratiti na UAI – indeks istine, kao pokazatelju stepena okrenutosti prema zajedničkim vrijednostima, koji mjeri vrlo značajne razlike između prosjeka EU i SAD. Ova je razlika velika čak i između SAD i zemalja Skandinavije, koje su po individualizmu skoro dostigle SAD. Ovo je važno zbog toga što nije teško zaključiti kako je široka okrenutost društva „traženju istine“ podrazumijeva i potrebu da se ta istina utvrđuje i u krivičnom postupku. Nasuprot tome, kulturi koja je tolerantna prema različitim shvatanjima istine, i koja načelno ne priznaje ideju opšteg dobra (osim ako je to dobro kapitalizam), nužna su proceduralna pomagala da bi sudska „istina“ ostala vrijednosno neutralna pri rješavanju sukoba među konkurentnim stranačkim istinama.

U Hrvatskoj, prema procjeni prof. Vujčića,<sup>27</sup> na djelu je kombinacija snažne hijerarhijske kulture, jakog egalitarizma, te slabog ili fluktuirajućeg individualizma. Ne bi trebalo isključiti i odgovarajuće taloge kulture fatalizma. Smatramo kako nema posebnih razloga zbog kojih ova procjena ne bi važila i za BIH, sa napomenom kako je prema ponuđenoj mapi kulturnih vrijednosti iz WVS - Pregleda svjetskih vrijednosti (mapa br. 1),<sup>28</sup> naša zemlja pozicionirana jednako kao i Hrvatska kada su u pitanju racionalističke vrijednosti, ali je manje okrenuta individualizmu (vrijednostima samorealizacije).

---

25 Evo kako G. Hofstede objašnjava vrijednosti obuhvaćene anketama:

**(PDI)** Indeks udaljenosti od vlasti **označava stepen u kome manje moćni pripadnici organizacija i institucija očekuju i prihvataju nejednaku raspodjelu vlasti.**

**(IDV)** Individualizam nasuprot kolektivizmu, pokazuje stepen do kojeg su pojedinci integrisani u grupe. Mi ćemo ga za potrebe ovoga rada nazvati *indeks individualizma*.

**(MAS)** Muškost nasuprot feminizmu, pokazuje prihvaćenost tradicionalnih rodni uloga polova.

**(UAI)** Indeks društvene tolerancije prema nesigurnosti odnosi se u krajnjoj liniji na „traženje istine“, zbog čega ćemo ga nazvati *indeks istine*. On pokazuje do koje mjere kultura programira svoje članove da se osjećaju neugodno ili ugodno u nepoznatim i iznenađujućim situacijama. To su kulture koje na filozofskom i religijskom planu vjeruju u „jednu apsolutnu istinu“. Suprotna kultura tolerantnija je prema različitim mišljenjima, pokušava da ima što manje pravila, a na filozofskom i religijskom nivou dozvoljava različitim mislonim strujanjima da postoje jedna pored drugih.

**(LTO)** Dugoročna, nasuprot kratkoročnoj životnoj orijentaciji

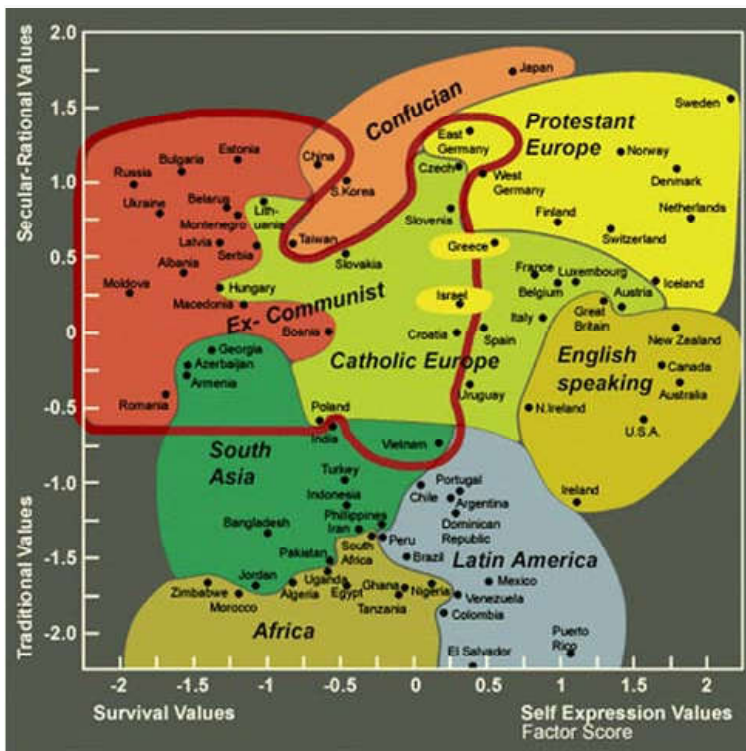
26 Anketiranjem nije obuhvaćena ni jedna nova članica EU osim Poljske

27 Vujčić, op. cit. u bilj. 6, str. 118.

28 The World Values Survey- WVS; <http://www.worldvaluessurvey.org/>.



Mapa br. 1.



Prema WVS mapi kulturnih vrijednosti pozicionirani smo kao *Bosnia* u velikoj ex-komunističkoj zoni (obilježena crvenom linijom), tačno na sredini između racionalnih i tradicionalnih vrijednosti; na razmeđu između pravoslavne i katoličke Evrope, ali bliže vrijednostima „preživljavanja“ nego individualizma. SAD su manje racionalne od BiH, ali sa daleko višim indeksom individualizma-samorealizacije.

#### 4. Krivične procedure zasnovane na proceduralnoj pravdi

Samo se po sebi razumije kako će svaka od ovih političkih kultura, ili barem tako govori teorija, organizovati pravosuđe u skladu sa svojim temeljnim orijentacijama.<sup>29</sup> Uobičajeno je tvrditi kako je, zahvaljujući tradicionalnom nepovjerenju u državnu vlast, Amerika ustrojila epistemičke standarde svojstvene političkoj kulturi individualizma, koje možda najbolje objašnjava Ferdinand fon Hayek u svojoj filozofiji neoliberalizma.<sup>30</sup> Američka krivična procedura polazi od duboko ukorijenjene pretpostavke kako država ne samo da nema

<sup>29</sup> O uticaju oblika organizacije državne vlasti na ciljeve pravosuđa: Damaška, M.: Lica pravosuđa i državna vlast; Globus, Zagreb, 2008.

<sup>30</sup> Nobelovac Frederick von Hayek spada u red najuticajnijih ličnosti 20 stoljeća. Ovaj patrijarh neoliberalizma, mislilac dao je najznačajniji dobrinos liberalnoj teoriji nakon J. S. Milla. U njegovom nominalističkom svijetu ljudi mogu znati samo sopstvene partikularne istine iz oblasti njihovog polja djelovanja. Ni jedan pojedinac, ili grupa, ne može imati kvalitetno znanje o opštim interesima društva, pa čak ni interesima drugih pojedinaca. Ustvari, ne postoji neka istina koja formuliše opšte dobro. Pojedinici djeluju, svako za sebe, rukovođeni znanjem o sopstveniom položaju u svijetu, mada o konačnim posljedicama svojih radnji ne mogu imati prethodno znanje. Hayek, F. A.: Law, Legislation and Liberty: The mirage of social justice; Routledge, 1976. str. 145 i sl.

nesputanu vlast nad pojedincima,<sup>31</sup> što je stvar shvatanja društvene hijerarhije, nego da stranke u bilateralno organizovanom postupku prezentiraju porotnom sudu ravnopravne verzije istine.<sup>32</sup> Sud se između njih opredjeljuje, ali mu nije dopušteno aktivno istraživanje činjenica, pošto sud u takvim političkim kulturama ne reprezentuje ideju opšteg dobra.<sup>33</sup> Dosljedno tome, činjenična ili mala premisa pravnog silogizma može ostati nepotpuna. To može dovesti do aporetične situacije u kojoj postoje pouzdani dokazi, ali ti dokazi ne mogu iz vanjskog svijeta prodrijeti u krivični postupak. Ovo je i sama suština epistemičkog načela proceduralne pravde koje od 2003. godine postaje dio našeg procesnog prava.

Koncept proceduralne pravde nije jednostavan. Zasniva se na tvrdnji da je pravo stvar interpretacije ideje dobra. Pri tome se ne misli na pravnu interpretaciju u užem smislu, tj. klasičnu pravnu dogmatiku; nego na propitivanje političkog smisla i značenja prava. U dobro integrisanim društvima koja dijele zajedničke vrijednosti, tj. imaju visok UAI indeks, pitanje interpretacije prava

---

31 Dok je na Kontinentu država doživljavana kao zaštitnik opšteg dobra, dotle je V. Britaniji i njenim kolonijama, posebno Americi, dužnost države ograničena na stvaranje uslova u kojima će pojedinci slobodo tragati za svojim sopstvenim (ispravnim) interesima. U tom smislu američka Deklaracija o nezavisnosti predstavlja američku formu neokalvinizma. Troeltsch, E.: *The Social Teaching of Christian Churches*, II; Presbytrian Publishing Corp., 1992. str 939. endnota 418). U tom smislu Odluka Vrhovnog suda SAD *Calder v. Bull*, 3. US 386, 1798. prema kojoj država nema ovlaštenje da nametne zakon koji povređuje prirodna prava, čak ako ta prava nisu pomenuta u ustavu.

32 „U temeljima stranački oblikovanog postupka stoji neizrečena pretpostavka da istina proizlazi iz sukoba dvaju stranačkih vektora.” Damaška, M.: O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog kaznenog postupka, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 14, broj 1/2007, str. 7.

33 Zagovornici stranački oblikovanog postupka, kaže Damaška ”rado se pozivaju i na epistemološke prednosti dijalektičke metode, u skladu s kojom je suprotstavljanje oprečnih teza najbolji način da se utvrdi istina.” Ne treba međutim zaboraviti “da primjena te metode zahtijeva nepristranu težnju za istinom nositelja suprotstavljenih teza.” Ta težnja upitna već i zato što branilac teži utvrđivanju istine samo kad se ona ne kosi s interesima njegova klijenta. “Značajno je s tim u vezi da i angloameričke zemlje, koje u svom pravosuđu veličaju konfliktni stil utvrđivanja činjenica, na mnogim drugim područjima posežu za službenim istragama. Njima utvrđuju činjenice o ekološkim tragedijama, padovima aviona, epidemijama, ubojstvima političara i mnogim drugim važnim događajima. Nikome ne pada na pamet da u svrhu utvrđivanja istine o tim važnim događajima osnuje dvije komisije sa zadaćom da svaka od njih istražuju oprečnu činjeničnu hipotezu. Pa i sami angloamerički pravници, voditelji stranačkih izvoda ne vjeruju u to da je suprotstavljanje oprečnih verzija nekog događaja najbolji način da ustanove pravo stanje stvari. Kad bi u to vjerovali, bila bi im dužnost da – kad god je to financijski moguće – zaposle dva detektiva sa zadaćom da istražuju suprotne hipoteze. Damaška, *ibid.*, 10–11.

nije od presudnog značaja, budući da se ne postavlja pitanje njegovog šireg tumačenja. Ali, ako ne postoji dominantno poimanje zajedničkih društvenih vrijednosti, tj. ako postoji niska razina UAI indeksa, otvara se pitanje legitimiteta prava kao obavezujućeg moralnog univerzuma. U političkim kulturama sa visokim indeksom individualizma, sa široko izraženom pluralnošću konkurentnih koncepcija dobra, pluralnost se štiti kroz raspodjelu ljudskih prava.<sup>34</sup> Pravda ne može počivati na većinskim shvatanjima ili na etici sudije koja je smještena u određeni istorijski, normativni i kulturni kontekst.<sup>35</sup> Kako se ne bi desilo da većina zavlada manjinom, ili da se ispravnost žrtvuje principu pravne sigurnosti, kao što to čini pravni pozitivizam, pravda koristi procedure kao mostove između pravde i demokratije.<sup>36</sup> Čista proceduralna pravda postiže se, prema Rawlsu, tek kada „ne postoji nezavisan kriterijum za ispravan rezultat, umjesto toga postoji ispravna i nepristrasna procedura, tako da je ishod na sličan način ispravan i nepristrasan, kakav god bio,“ pod uslovom da je postupak proveden u skladu sa pravilima<sup>37</sup>

Proceduralnoj pravdi mogu se staviti prigovori koji se standardno upućuju koherencijskoj teoriji istine. Kao prvo, tu je „prigovor izolacije“, ili problem unosa podataka, koji kaže da će insistiranje na tzv. integritetu krivičnog postupka, koji u cijelosti zavisi od pravila, na kraju dovesti do apsurdnog ishoda prema kome je presudu moguće opravdati i u odsustvu unosa podataka iz vanprocesnog svijeta. Drugi prigovor govori o zamislivoj situaciji u kojoj će dvije oprečne presude biti proceduralno ispravne. Ipak, glavni prigovor ekstremnom procesualisti je taj da objasni zašto vjeruje kako će presude, koje se temelje prvenstveno na procesnoj legitimaciji, dovesti do osude krivca i oslobađanja nevinog, što je ipak glavni razlog za vođenje krivičnog postupka.<sup>38</sup>

---

34 Rosenfeld, M.: *Just Interpretations*; Univeristy of California Press, 1998, str. 1–5.

35 Na ovaj način načela proceduralne pravde povezuju se sa tzv. manjinskim pravima. „Manje formalizovan pristup kontinentalnih sistema“, kaže se, „može dobro odgovarati društvu u kome svi imaju isto ili slično porijeklo. Ali, on ne odgovara tamo gdje se ne vjeruje manjinskim grupama, i gdje te grupe ne vjeruju većini i njihovim policijskim snagama. U odsustvu zajedničkih normi formalni opis prava od strane sudova ili zakonodavaca, i njihovo provođenje od strane branioca, od suštinskog je značaja.“ Bradley C.M. urednik: *Criminal Procedure, A Worldwide Study, Second Edition*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007. str. XXIV.

36 Rosenfeld, op. cit. u bilj. 34, st. 115. i sl.

37 Rols, Dž.: *Teorija pravde*, JP Službeni list SRJ Beograd, 1988, str. 92–93.

38 BonJour, L.: *Dijalektika fundacionalizma i koherentizma*; Greco, Greco, op. cit. u bilj. 2, str. 158–159.

Ovaj zadnji prigovor traži dodatno objašnjenje. Naime, iako se često koristi gore pomenuta Rawlsova definicija čiste proceduralne pravde, treba primijetiti da Rawls pribjegava tom pojmu tek ukoliko ne postoji „nezavisan kriterijum za ispravan rezultat“. Kao primjer čiste proceduralne pravde on navodi kockanje. Osobe se klade, ulažu novac, a raspodjela novca se potom vrši nepristrasno u skladu sa prethodno poznatim pravilima. U tom slučaju ne postoji nezavisan kriterijum na koji bi se igrači mogli pozvati. Svaki ishod je jednako dobar ukoliko se postupilo u skladu sa pravilima. Kada je riječ o pravosuđu, međutim, Rawls smatra da je prisutan nezavisan kriterijum, a taj je da krivci budu osuđeni a nevini oslobođeni. Stoga se u krivičnom postupku ne može reći da je svaki ishod jednako dobar.<sup>39</sup>

## 5. Krivične procedure zasnovane na načelu materijalne istine

Zemlje koje pravdu povezuju sa načelom materijalne istine, među njima Njemačka, Francuska, Holandija, ili neke zemlje izvan Evrope poput Japana,<sup>40</sup> imaju visok UAI indeks (tabele 4 - 5) i pripadaju, u većoj ili manjoj mjeri, hijerarhijskom tipu političke kulture. Njihov krivični postupak slijedi ciljeve koji odražavaju moralni stav većine. Krivični sud stoga samostalno istražuje istinu o krivičnom djelu, a tumačenje prava je tehničko, ne etičko ili političko pitanje.<sup>41</sup>

Princip materijalne istine (*Prinzip der materiellen Wahrheit*), koji prvenstveno predviđaju čl. 155. st. 2. i čl. 244. st. 2. njemačkog procesnog zakona (*Strafprozeßordnung*, StPO),<sup>42</sup> nije pretrpio ograničenja na polju kontrole suda nad procesom utvrđivanja činjenica, nego na polju prihvatljivosti dokaza.<sup>43</sup>

---

39 Rols, op. cit. u bilj. 37. str. 92-93.

40 Čak i japanski procesni zakon pretrpio određene uticaje američkog, njemačkog i francuskog procesnog prava. Bradley, op. cit. u bilj. 35. str. XXVI

41 Rosenfeld, op. cit. u bilj. 34. str. 1-5.

42 Čl. 155. st. 2. propisuje da je sud „ovlašten i dužan“ da, krećući se u okvirima optužnice „djeluje nezavisno, a posebno, neće biti ograničen zahtjevima stranaka.“ U čl. 244 st. 1. predviđa se da će sud, u cilju utvrđivanja istine, proširiti dokazivanje na sve činjenice potrebne da bi se utvrdila istina. Prema st. 5. istog člana sud će odbiti izvođenje onih dokaza koji nisu bitni za utvrđivanje istine. Utvrđivanje istine ugrađeno je i u odredbe čl. 112. st. 2. tač. 1.c), koje reguliše osnov za pritvor, „ukoliko postoji opasnost da će okrivljeni uništiti okaze koji služe utvrđivanju istine,“ jednako kao i u čl. 247. u vezi sa ispitivanjem zaštićenog svjedoka. Buffalo Criminal Law Center, Criminal Law Resources on the Internet (<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm>)

43 Eser, A.: Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava: na putu k “reprivati-

Njemački krivični sud rukovodi se istražnim načelom koje nalaže sudiji da utvrdi istinu o krivičnom događaju i ne ograničavajući se pri tome na dokazne prijedloge stranaka. On će utvrditi sve dokaze koji mogu uticati na odluku, pa glavnim pretresom dominira prije potraga za istinom nego spor među strankama.<sup>44</sup> U Japanu ne samo sudovi, nego i 92% javnih tužilaca, smatra kako je „rasvjetljavanje istine“ osnovni cilj krivičnog postupka. Po njihovim mišljenju to je najbolji način da se već u ranoj fazi postupka odvoje krivi od nevino osumnjičenih.<sup>45</sup> Japanci se čude spremnosti Amerikanaca da insistiraju na individualnim pravima i onda kada to ide na štetu opšteg dobra. Zbog toga su skloni da ukazuju na superiornost određenih aspekata svog kulturnog naslijeđa, kao što je pokornost autoritetu, stavljanje težišta na porodične vrijednosti, što po njihovom mišljenju predstavlja izvor društvene vitalnosti.<sup>46</sup> Nema ipak nikakve sumnje da se i u Evropi sve otvorenije govori o načelu pravičnosti kao temeljnom načelu procesnog prava. Druga je stvar međutim koliko teorijski stavovi utiču na zakonodavstvo i judikaturu kontinentalnih država.<sup>47</sup>

### Zaključne napomene

Moguće su različite klasifikacije teorijskih i empirijskih oblika političkih kultura. One omogućavaju komparativnu analizu razlika i sličnosti u temeljnim vrijednosnim opredjeljenjima, pravnim tradicijama, sistemima obrazovanja i organizaciji vlasti različitih naroda ili država. Svaka kultura podupire specifične obrasce saznanja, tj. sisteme epistemičkog vrednovanja, koji potom opredjeljuju ciljeve i procesne maksime krivičnog procesnog prava.

Prema tipologiji Wildavskog i WVS mapi Pregleda svjetskih vrijednosti, vidljivo je da naša zemlja pripada drugačijem tipu političke kulture od SAD. Podatak koji ukazuje na izvor razlika je onaj (mapa br. 1.) prema kome su u

---

ziranju” krivičnog postupka; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 42 (2) 167-191(1992), str. 173.

44 Delmas-Marty, M., i dr.: European criminal procedures, Cambridge Studies in International and Comparative Law; Cambridge University Press, 2002. str. 309. i 315.

45 Johnson, D.T. : The Japanese way of justice: prosecutin crime in Japan; Oxford Universitu Press, 2001. str. 124.

46 Fukujama, op. cit. u bilj. 1. str. 15.

47 Kada se u Njemačkoj povela debata o prihvatljivosti dokaza dobijenih neovlaštenim prisluškivanjem, Claus Roxin, najveći njemački autoritet u oblasti krivično-procesnog prava, smatrao je kako bi to bilo suprotno samoj suštini pravičnog postupka. Veliki senat Saveznog vrhovnog suda zauzeo je suprotno stanovište. Damaška, M.: Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija; Pravni fakultet u Zagrebu, 2001. str. 2. – 12.

BiH više na cijeni racionalističke vrijednosti.<sup>48</sup> Politička kultura u BiH predstavlja, po svemu sudeći, kombinaciju snažne hijerarhije, jakog egalitarizma, te slabog ili fluktuirajućeg individualizma. Tom tipu političke kulture odgovarao bi civilnopravni sistem krivične procedure. Istina, Hofstedove Kulturne dimenzije nemaju procjenu za našu zemlju i zemlje bivše Jugoslavije, ali, ako se zadržimo na konzervativnoj pretpostavci da smo bliže Portugalu (tabela 6), nego prosjeku starih članica EU (tabela 2), razlike u odnosu na SAD su ogromne, naročito kada je riječ o UAI indeksu istine, koji je za SAD vjerovatno najniži na svijetu.

U okviru uspostavljene teorijske šeme trebao bi se nalaziti odgovor na pitanje o optimalnom proceduralnom modelu za Bosnu i Hercegovinu. U ovom radu nemoguće je riješiti ovu dilemu,<sup>49</sup> ali moguće je kazati slijedeće: čak i ako smo nezadovoljni procesnim pravilima koja reflektuju glavnu kontinentalnu struju moralne tradicije, još ćemo manje biti zadovoljni alternativom koja čitav sadržaj moralnosti i pravde prepušta savjesti svakog pojedinačnog subjekta.<sup>50</sup>

---

48 Sve do „Prvog svjetskog rata, pa čak i do Velike depresije, Amerikanci kao narod vjerovali da su ustav i pravni sistem utemeljeni kroz zavjet bogu po kojem je ova zemlja vođena misijom da bude ‘svjetionik ostalim nacijama’. Tek u dvije zadnje generacije prosvjetiteljski koncept zakona koji je samo instrumentalan i od ljudi stvoren, što je u suprotnosti sa konceptom zakona kao naredbe, koja je djelom ljudski izum, a dijelom zaviještan, uvuklo se ne samo u ideologiju intelektualaca u socijalnu svijest svih slojeva društva.“ Berman, H. J.: *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*; Emory university studies of Law and Religion, 1993. str. 205.

49 Jedno od najspornijih tumačenja novih procesnih zakona, kaže Simović, odnosi se na načelo materijalne istine i obavezu suda da izvodi dokaze. Ovo je prema nekim mišljenjima u suprotnosti sa adversarnom strukturom istrage i glavnog pretresa. To se opet svodi na pitanje da li su procesni zakoni u dovoljnoj mjeri zagarantovali jednakost strana u postupku. Simović, M. N.: *Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske*; Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2006. str. 53.

50 Meki, Dž.: *Etika, opšta teorija o ispravnom i neispravnom*; Plato, Beograd, 2004. str. 121.

## Literatura

1. Berman, H. J.: Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion; Emory university studies of Law and Religion, 1993.
2. Bradley C.M. urednik: Criminal Procedure, A Worldwide Study, Second Edition, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007.
3. Buffalo Criminal Law Center, Criminal Law Resources on the Internet, (<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm>).
4. Damaška M.: O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog kaznenog postupka; Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 14. broj 1/2007.
5. Damaška, M.: Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija; Pravni fakultet u Zagrebu, 2001.
6. Damaška, M.: Lica pravosuđa i državna vlast; Globus, Zagreb, 2008.
7. Delmas-Marty, M., i dr.: European criminal procedures, Cambridge Studies in International and Comparative Law; Cambridge University Press, 2002.
8. Eser, A.: Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava: na putu k "reprivatiziranju" krivičnog postupka; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 42/2. 1992.
9. Fukujama, F.: Sudar kultura; Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Beograd, 1997.
10. Geert Hofstede™ Cultural Dimensions, Hofstede, G. Itm International, ([http://www.geert-hofstede.com/hofstede\\_iran.shtml](http://www.geert-hofstede.com/hofstede_iran.shtml)).
11. Greco J., Sosa E., urednici; Epistemologija, vodič u teorije znanja; Jesenski i Turk, Zagreb, 2004.
12. Hayek, F. A., Why I Am Not a Conservative; Constitution of Liberty; Chicago: The University of Chicago Press, 1960.
13. Hayek, F. A.: Law, Legislation and Liberty: The mirage of social justice; Routledge, 1976.
14. Johnson, D.T. : The Japanese way of justice: prosecution crime in Japan; Oxford University Press, 2001.
15. Mackleid-Garcia S., Cali B., urednici: The legalzation of human rights: mutidisciplinary perspective on human rights and human rights law; Routledge, 2005.
16. Meki, Dž.: Etika, opšta teorija o ispravnom i neispravnom; Plato, Beograd, 2004.
17. Rols, Dž.: Teorija pravde, JP Službeni list SRJ Beograd, 1988.
18. Rosenfeld, M.: Just Interpretations; Univeristy of California Press, 1998.
19. Sijerčić-Čolić, H.: Regionalna ekspertna konferencija „zaštita ljudskih prava u Evropi: prava osumnjičenih i optuženih u krivičnim postupcima u Jugoistočnoj Evropi“; Bukurešt, Rumunija, 13-15, maj 2007.; Pravna misao, Sarajevo; br. 38, 5/6. 2007.
20. Simović. M. N.: Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske;

Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2006.

21. Spivak, G. C.: "Can the Subaltern Speak?"; Cary Nelson and Lawrence Grossberg's in *Marxism and the Interpretation of Culture*, 1988.
22. Thaman, S.C.: *Truth or Due Process: The Use of Illegaly Gathered Ecidence In The Criminal Trial; General Report on Criminal Procedure: XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law: Washington, D.C. July 25-Aug. 1, 2010*; str. 62.
23. The World Values Survey- WVS, (<http://www.worldvaluessurvey.org/>)
24. Troeltsch, E.: *The Social Teaching of Christian Churches, II*; Presbyterian Publishing Corp., 1992.
25. Uzelac, A., *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* , 42/ 4, 1992.
26. Veltmeyer H. urednik: *Globalization and antiglobalization: dynamics of change in the new world order*; Ashgate Pub. Co. 2005.
27. Vujčić, V.: *Tipologija političke kulture, Politička misao*; Fakultet političkih znanosti Zagreb; Vol XXXV, (1998), br. 4.