

Mr Luka Breneselović,

Institut za uporedno pravo, Beograd

Prikaz knjige

Volker Haas: Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur: Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren, Mohr Siebeck 2008, XII + 508 strana.

Knjiga nemačkog krivičara (Volкера Haasa), koji sada radi kao docent u Tibingenu, privukla je u toku 2008. i 2009. godine veliku pažnju nemačke stručne javnosti. Hasova osnovna teza je da je sadašnji nemački krivični postupak sa nemačkim ustavom *nespojiv*.

Knjiga je napisana kao habilitacija i to vrlo pažljivo, tako da broj izvora i radova koje je autor uzeo u obzir znatno prevazilazi naše standarde. To je bitno istaći, zato što su takve knjige i u Nemačkoj relativna novina, koja se vezuje za naročit napredak pravne nauke u poslednjih dvadeset, a možda i nešto više godina. Kao određeni nedostatak javlja se odnos Hasa prema starim autorima koje je u studiji analizirao, gde je svakom Has dao podjednako mesto bez obzira na stvaran uticaj koji je jedan ili drugi od njih u pravnoj nauci i političkom životu imao.

U prvom od pet odeljaka Has je predstavio strukturu nemačkog krivičnog postupka i njene korene u 19. veku. U drugom i trećem odeljku Has je ispitao svoju osnovnu pretpostavku, a to je da su na formiranje krivičnog postupka tzv. reformisanog inkvizitornog tipa, kakav i danas važi u Nemačkoj i Srbiji, uticala dva faktora koja se u procesnopravnoj literaturi nedovoljno ističu. Prvi bi bio shvatanje države i državne vlasti u ustavnoj monarhiji, kakvo je u 19. veku bilo prihvaćeno (odeljak 2), dok bi drugi faktor bila stanovišta o pojmu i svrsi kazne (odeljak 3). Na ta dva odeljka nadovezuje se smisljena celina u kojoj je Has ispitao u kojoj meri savremeni krivični postupak u Nemačkoj ima smisla, ako se prihvati pretpostavka da su se glavna shvatanja kazne i države u međuvremenu promenila (odeljak 4). U završnom odeljku Has je posvetio širok prostor pozitivnom ustavnopravnom okviru nemačke krivične procedure (odeljak 5). To je ujedno i odeljak u kome je izneo svoju najupečatljiviju tezu, a to je da reformisani inkvizitorni postupak nije u skladu sa ustavom.

Završni deo studije (421 ff.) sadrži smernice za uređenje krivičnog postupka koji bi uvažio savremeni politički i ustavni okvir. Sada je tako da

se nemački krivični postupak, ako se gleda sa stanovišta glavnog pretresa i glavnog postupka, kako je ispravno, a ne naopako – hronološki sa stanovište istrage, podudara sa našom važećom krivičnom procedurom kakva je utemeljena u Kraljevini Jugoslaviji – upravo prema nemačkom i austrijskom uzoru. U takvoj vrsti postupka, glavni postupak doduše ne može da počne bez optužnice, koju po pravilu podiže javni tužilac. Ali kada je jednom optužnica potvrđena i postala pravosnažna, gospodar postupak je sud, koji ni na jedan način, osim predmetnim granicama optužbe, nije vezan za stavove i akte javnog tužioca. Sud ima pravo, ali i dužnost, da inkvizitorno utvrdi i kvalifikuje činjenično stanje. Ovaj princip u nemačkom krivičnom pravu sproveden je doslednije nego kod nas, zato što javni tužilac u toku glavnog postupka *ne može* da povuče optužnicu.

Has drži da je u sadašnjem uređenju krivičnog postupka uvideo značajnu prazninu u pogledu ostvarenja prava na sudsku zaštitu, koja je zagantovana u čl. 19 nemačkog Osnovnog pravilnika (305 ff.). Suštinski, kaže Has, gore izneta uloga suda u nemačkom krivičnom postupku, budući inkvizitorna delatnost, nije sudska već egzekutivno-upravna aktivnost. To odvojeno posmatrano, tvrdi Has, nije problematično. Sudovima je dozvoljeno i da vrše poslove koji materijalno spadaju u egzekutivu. Ali je to, misli Haas, problematično sa stanovišta čl. 19 nemačkog Osnovnog pravilnika, gde je svakom pojedincu zagantovana sudska zaštita u slučaju da mu država prava povredi. Ako se pak, tvrdi dalje Has, sud u krivičnom postupku bavi poslom koji nije sudski, onda je neophodno da ti akti kao akti egzekutive budu dostupni sudskoj kontroli u materijalnom smislu, a takve kontrole nema, pa je povređen čl. 19.

Rešenje bi po Hasu bilo (421 ff.) da se smisleno, upravo prema kriterijumu aktivnosti, razdvoje dve celine postupka. Jedna prva istražna kojom bio kao i do sada u Nemačkoj gospodario javni tužilac, i jedna druga celina pred sudom koja međutim ne bi imala inkvizitorni karakter, već bi se svodila na pravnu kontrolu materijalnog stanovišta tužioca o krivici učinioca i sankciji koja bi bila primerena. Javni tužilac bi nakon pokretanja postupka pred sudom trebalo da ostane gospodar optužnice, i to ne samo u smislu da mu treba dati ovlašćenje da optužnicu povuče. Neophodno je, misli Has, da se sud čvršće veže za načelo *ne ultra petita*. Po Hasovom stanovištu ispravno bi bilo da sud nikad ne može da izrekne višu kaznu od one koju zahteva tužilac, jer bi inače opet bila probijena razlika između dva dela postupka i suspendovana judikativna uloga suda. Zadatak suda u takvom sistemu bio bi da slično kao i upravni sud u upravnim stvarima u celosti ispita konkretno traženje javnog tužioca da optuženi bude izvesnom kaznom sankcionisan (423). Presuda suda u takvom sistemu samo bi potvrđivala pravnu valjanost tužiočevog materijalnog zahteva. Glavni pretres, više po tom modelu ne bi bio kao do sada inkvizitorno-instruktivan, već bi zavisio od tvrdnji i izlaganja strana u postupku. Međutim za razliku od pisaca našeg Zakonika o

krivičnom postupku iz 2011. godine, Has misli da bi bila velika greška (424) da se javni tužilac oslobodi dužnosti da dela u javnom interesu – javni tužilac mora kao državni organ da bude posvećen objektivnom razrešenju stvari, dakle i onda kada bi to značilo da se donosi oslobađajuća presuda.

Knjiga Volkera Hasa osim opšteg značaja zbog koga je već dosta nahvaljena, za nas ima poseban značaj, koji proizilazi iz činjenice da je Has na vrlo detaljan i potpun način izložio velike rasprave o krivičnoj proceduri koje su u Nemačkoj u 19. i 20. veku vođene.

Naročitu vrednost za nas imaju Hasova izlaganja o ulozi javnog tužioca u krivičnom postupku (11 ff.), jer pokazuju da su pisci našeg novog Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine pošli od pogrešne predstave o nastanku i ulozi javnog tužioca u evropskom pravnom krugu. Glavna uloga javnog tužioca, nemački *Staatsanwalt*, je da se stara o zakonitosti sudskog postupanja. Zbog toga javni tužilac kod nas i jeste zadužen za kontrolu poštovanja zakonitosti (a to znači pravila) ne samo u krivičnoj, već i u parničnoj i upravnoj proceduri. Naziv *javni tužilac* je površan i ne odgovara njegovoj ulozi, dok je dabome pogrešno misliti obrnuto: uzeti reč *javni tužilac*, pa prema njoj smišljati čime javni tužilac treba da se bavi. Glavna posledica klasične evropske koncepcije javnog tužilaštva je obaveza koja mu se stavlja, da se sve vreme stara kako o interesima optužbe, tako i o interesima okrivljenog. On nije jednostrani organ krivičnog gonjenja, već imputator zakona u pravni život. Funkcija zakona kao pravila narušena je činjenicom da se zakon ne primenjuje tamo gde njegovoj primeni ima mesta, ali podjednako i činjenicom da se zakon primenjuje tamo gde mu nema mesta. Posao javnog tužioca je dakle da uvek "pomogne zakonu da se primeni", i u tom poslu nije njegovo da gleda koja primena bi bila "na štetu", a koja "na korist" okrivljenog.

Posebno su interesantni oni nemački autori (107 ff.) koji vide da u slučaju kada jedan državni organ figurira kao tužilac, a drugi kao sud, ne može biti reči o tome da krivični postupak ima strukturu parnice, u kojoj se nadmeću dve ravnopravne stranke, jer je država i tužilac i sudija. Zato, prema tom shvatanju, u krivičnom postupku zakonodavac nikad ne može da uspostavi "jednakost" među strankama, nego samo može i treba da gleda kako da poslovi između javnog tužioca i suda, kao dva državna organa, radi pravičnog odnosno tačnog ishoda postupka treba da budu raspoređeni.

Među bitne topose prvog odeljka Hasove studije dolazi i velika rasprava kojoj grani vlasti pripada javno tužilaštvo (31 ff.). Prema preovlađujućem stanovištu u Nemačkoj, tužilaštvo je organ izvršne vlasti, ali funkcionalno ne vrši dužnosti izvršne vlasti, već samostalno učestvuje u pravosuđu (Organ der *Rechtspflege*), gde je, kao i sud, poštuje materijalnu istinu. Za nas je od naročitog značaja izlaganje o pojmu stranke u krivičnom

postupku (37 ff.), gde Has pokazuje kako se u Nemačkoj danas uglavnom ne prihvata mišljenje da je javni tužilac "stranka (*Partei*)". Oznaka okrivljenog i javnog tužioca kao stranke je procesnotehničkog karaktera, a ne suštinskog kakav je slučaj u građanskom parničnom postupku. Od izvesnog značaja za našu diskusiju sigurno bi bilo opširno izlaganje Haasa od značaj pojma krivičnog prava u subjektivnom smislu (*Strafanspruch*) za strukturu krivičnog postupka (51 ff.). Tu se i lepo vidi da je naš izraz za taj pojam na granici jezički mogućeg, i da bi u subjektivnom smislu uvek trebalo govoriti o pravu da se kazni, dakle o *kaznenom* pravu, bez obzira kako se naziva krivično pravo u objektivnom smislu.