

Žan Pradel*

Univerzitet u Poatjeu

UVODNO PREDAVANJE ZA JEDAN KURS UPOREDNOG KRIVIČNOG PRAVA

Ako mlade, kao što kaže poslovice, obrazuju putovanja, nisu li ona neophodna i pravniku, a u našem slučaju krivičaru. Ali kako to učiniti u uporednom krivičnom pravu? Zašto ići na tu galiju kada je nacionalno pravo ionako složeno i sve složenije? Potrebno je dati nekoliko uvodnih primedaba.

U najkraćem o prirodi uporednog krivičnog prava, a pitanje se uostalom postavlja za svako uporedno pravo, bilo da se radi o građanskom, trgovinskom, javnom pravu... Početkom XX veka bila je vođena rasprava oko dve teze: one po kojoj je uporedno pravo normativna disciplina jer upoređivanjem nastaju nova pravila (shvatanje koje su u Francuskoj branili E. Lamber i R. Salej); suprotno shvatanje u uporednom pravu vidi samo metod koji omogućava da se označe razlike i naročito sličnosti između prava (prema R. Davidu i Englezu H. Guteridžu). U stvarnosti preovlađuje klasično mišljenje da uporedno pravo, a samim tim i uporedno krivično pravo, predstavlja posebnu disciplinu sa vlastitim metodima i zaključivanjima, s tim da nije reč o normativnoj disciplini, već je ona metodološke prirode. Nasuprot tome, evropsko pravo i međunarodno pravo su normativne discipline. Normativni karakter uporednog prava i, naročito, uporednog krivičnog prava postaje za druge kvazi-normativna disciplina, zahvaljujući pre svega domaćoj ili međunarodnoj sudskoj praksi koja usvaja sve više odredbe proistekle s drugog mesta i tako stvara mešavinu nacionalnih i van-nacionalnih odredaba: tako nastaje jedno novo pravo. Između sudova se uspostavlja određeni dijalog, ili kako to izvanredno pokazuje jedna skorašnja studija „Uzajamna pozivanja između Evropskog suda za ljudska prava i Interameričkog suda za ljudska prava: od uticaja do dijaloga“.¹ Ova činjenica je skorašnjeg datuma.

Uporedno krivično pravo je relativno novijeg datuma. Ako se prihvate neki od najstarijih i ne mnogo naučnih radova kao što je *De laudibus legum Angliae* Engleza

* Profesor emeritus, počasni član Međunarodne akademije za uporedno pravo.

1 De T. Groppi, A.-M. Lecis Cocco-Ortu, *Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law* (eds. L. Basta Fleineur, T. Marinković), Eleven International Publishing, Netherlands 2014, 171 etc.

Fortskjua (1395–1479) koji pristrasno upoređuje englesko i francusko krivično pravo, ako se isključi Monteskejev (1689–1755) *Duh zakona* objavljen 1748. godine u kojem se s mukom može napabirčiti nekoliko mrvica uporednog prava, uporedno krivično pravo nastaje u XIX veku. Dve ličnosti se izdvajaju, Nemač Mitermajer (1787–1867) koji je znao više jezika i pisao je čak na francuskom, i Ortolan (1802–1873), Francuz kojem je 1837. godine vlada osnovala Katedru za uporedno krivično pravo, koji će biti autor prvog dela na francuskom jeziku o uporednom krivičnom pravu (1839–1841). Istina da je to dvotomno delo, naslovljeno kao *Kurs o uporednom krivičnom zakonodavstvu*, imalo mali naučni značaj (prvi tom je bio samo podsećanje na opšta načela, a drugi je bio sačinjen od sadržaja najvažnijih evropskih krivičnih zakonika). Ono je od suštinske važnosti, jer predstavlja prvi pokušaj sistematizacije uporednog krivičnog prava.

Uporedno krivično pravo u XX veku najzad dobija svoj zamah. U Parizu je 1924. godine osnovano Međunarodno udruženje za krivično pravo² koje je okupilo dvadesetak nacija, organizovalo je svake četvrte godine kongres čiji su akti objavljeni u Međunarodnoj reviji za krivično pravo³ i, u brizi za ujednačenje nacionalnih propisa, utvrđivalo je predloge za izmenu zakona (na primer, o pokušaju ili saučesništvu). Ovo udruženje i danas postoji. Dvojezično u početku (engleski i francuski), postalo je 1980. godine trojezično (španski). Međunarodna kaznena i penitencijarna fondacija⁴ osnovana je 1951. godine. Specijalizovana za penitencijarnu oblast, i ona organizuje periodične kolokvijume na kojima se ispoljava nastojanje za zakonskim izmenama. Vidi se da ove dve organizacije teorijskog opredeljenja imaju u krajnoj liniji i praktični, tačnije, zakonski cilj.

Na osnovu izloženog bi se mogao steći utisak da je uporedno krivično pravo ugaoni kamen u svetu prava. Istina, ove reči moraju da budu precizirane. Uopšteno govoreći, uporedno krivično pravo bar u Evropi nije (ne još) u genetskom kodu pravnik. Situacija je nešto bolja u vezi sa uporednim građanskim pravom. Danas mladi francuski pravnik koji hoće da konkuriše za univerzitetskog nastavnika nema interes da se predstavi sa tezom iz oblasti uporednog krivičnog prava. Pominju se kulturne i naročito jezičke poteškoće, ali se one odnose i na uporedno građansko ili javno pravo. Ipak, uporedno krivično pravo predstavlja očigledan interes, što odgovara delom na pitanje zbog čega ova disciplina. Ali nakon što je opravdan interes za ovu disciplinu, trebalo bi se zapitati o metodima proučavanja. Zbog čega uporedno krivično pravo i kako uporedno krivično pravo, ovo su dva pitanja na koja treba dati odgovor.

I – ZBOG ČEGA UPOREDNO KRIVIČNO PRAVO?

Ima već nekoliko decenija kako su određeni autori smatrali da za uporedno krivično pravo nema interesa, što su potkrepljivali sledećim argumentima: uporedno krivično pravo i čak uporedno pravo uopšte moraju da služe za utvrđivanje zajed-

2 Association internationale de droit pénal (prim. prev.).

3 Revue internationale de droit pénal (prim. prev.).

4 Fondation internationale pénale et pénitentiaire (prim. prev.).

ničkih pravila u različitim sistemima; pošto su ti sistemi toliko različiti svaki napor za upoređivanjem je osuđen na neuspeh; odatle beskorisnost pokušaja intelektualne obrade. Ovo je tačka posmatranja Engleza Guteridža u njegovom delu „Uporedno pravo. Uvod u uporednu metodu za pravno istraživanje“ (francuski prevod, 1953). On dodaje čak da je ujednačavanje ne samo nemoguće, već podjednako i nepoželjno! Međutim, na drugoj strani on priznaje da „narodi mogu mnogo da nauče jedni od drugih u oblasti krivičnog prava i postupka“.

U stvarnosti, uporedno pravo predstavlja očigledne interese, koje danas niko ne osporava. S jedne strane, uporedno pravo obogaćuje teorijsko znanje u pravnoj materiji. Na drugoj strani, ono predstavlja neposrednu korist za zakonodavce i sudije. Ove dve prednosti treba potkrepiti primerima iz krivične materije.

A – Uporedno krivično pravo obogaćuje znanje o krivičnom pravu

Ova tvrdnja je na prvi pogled čudna. Kako intelektualno saznanje o krivičnim ustanovama može napredovati kada je uporedno krivično pravo samo udvajanje/ponavlanje onoga što već postoji unutar svakog pravnog sistema? Međutim, obogaćivanje je očigledno, a to će biti pokazano na dva primera.

1. Načiniti od uporednog prava sredstvo za bolje poznavanje krivičnog prava uopšte. Tako se posmatranjem običaja određenih primitivnih plemena (ili iz preistorijskog doba) mogu uočiti počeci krivičnog prava, kao što to pokazuje primer uzročnosti. Od epohe kasnog paleolita, svaki lovac – u okviru zajedničkog lova na veliku divljač – obeležavao je posebnim oznakama svoja koplja, što je u slučaju smrti progonjene životinje omogućavalo da se zna ko je zadao smrtonosni udarac (na primer, ako je koplje određenog lovca probila vratnu arteriju). Očigledno je da uzročnost danas igra značajnu ulogu u oblasti nanošenja povreda, naročito smrtonosnih, jednom licu od strane više lica.

Isto tako, uporedne studije omogućavaju razumevanje mesta krivičnog prava u opštoj pravnoj teoriji. U Francuskoj je krivično pravo deo privatnog prava, bez sumnje zato što iste sudije odlučuju u građanskoj i krivičnoj materiji. U anglosaksonskim zemljama krivično pravo predstavlja deo javnog prava, što je ispravnije jer se krivična pravda deli u ime naroda ili nacije.

Može se još postaviti pitanje o mestu krivičnog prava u teoriji sankcija. Nemačka i Italija, takođe i Španija, koriste često upravni postupak za bagatelna dela, što dovodi do pojave dve represivne celine, krivične – za teška dela i upravne – za lakša dela. Ova deoba između krivičnog i upravnog postupka, u zavisnosti od raspodele koju vrši zakonodavac, dovodi do nastanka koncepcije po kojoj je krivično pravosuđe institucija redovne ili izuzetne primene.

Mogla bi se još pomenuti uloga krivičnog sudije u stvaranju normi. Ovde se misli na razliku između zemalja *common law* i zemalja kontinentalne Evrope: u prvim je sudija stvaralac norme (*judge made law*), dok u drugim sudija primenjuje zakon, stvoren od drugih, tj. od članova parlamenta (ili činovnika u ministarstvima). Ovo suprotstavljanje izražava konceptijsku razliku o izvorima prava: prednost za-

kona i zakonika u romano-germanskim zemljama, a u *common law* prednost sudiji čiji društveni položaj je utoliko značajan.

Na osnovu svega se može zaključiti da se uz pomoć uporednog prava bolje saznaje smisao i sadržaj odredaba materijalnog i procesnog krivičnog prava, kao i njihovi izvori.

2. Istraživač u uporednom krivičnom pravu može bolje da razume svoj krivični sistem tako što otkriva da odredbe nisu uvek iste, da se klasifikacija ovde i tamo razlikuje. Tako francuski i nemački pravници bolje razumeju elemente dela u svom pravu nakon što jedan od njih nauči klasifikaciju koja postoji u drugom pravu. Podsetimo da francuska teorija razlikuje zakonski preduslov (kvalifikaciju i osnove koji je isključuju, ili samo osnove opravdanja i amnestiju), materijalni element i jedan psihološki ili moralni element (umišljaj, nehat). U Nemačkoj, gde je suptilnost veća, u doktrini se razlikuje: a) radnja ili postupanje učinioaca (*Handlung*); b) materijalni element koji sadrži objektivni deo (ponašanje predviđeno zakonom i uzročnost) i subjektivni deo ili umišljaj ili nehat (celina koja se naziva *Tatbestandsmäßigkeit*); c) element neprava koji čine protivpravnost ili odsustvo osnova opravdavanja (*Rechtswidrigkeit*); d) moralni element čini istovremeno uračunljivost (odsustvo duševne bolesti, na primer) i krivica (pobuda, svest o protivpravnosti) (*Schuld*).

Na drugoj strani, upoređivanje omogućava istraživaču da otkrije slabosti svog prava. Ono ga dakle čini skromnijim. Upoređivanje nas udaljava od pravnog nacionalizma koji svakoga intuitivno navodi na pomisao da je njegov vlastiti pravni sistem najbolji, maltene jedini mogući. Govori se o „prevratničkoj“ funkciji uporednog prava, jer ono ruši sve predrasude.

Pomenuta je već korisnost uporednog prava.

B – Uporedno krivično pravo je korisno za razvoj nacionalnog krivičnog prava

Činjenica je da se danas uklanjaju pregrade između nacionalnih prava, svako pravo ima potrebu za drugima, naročito za susednim pravima ili sistemima koji su zajednički za više prava. Svaki nacionalni sistem se razvija zato putem spoljašnjih odnosa.

1. Ova primedba važi najpre za sudije. Oni imaju potrebu da znaju stanje prava izvan njihovog sistema. Kao primer se može navesti delo učinjeno od strane državljanina jedne zemlje u inostranstvu. Ako je to delo prestup,⁵ francuski sudija ga ne može suditi osim ako je to delo prestup i u državi izvršenja (član 113–6 stav 2 Krivičnog zakonika): ovo se u teoriji naziva reciprocitet inkriminacije, a predstavlja uslov za kažnjavanje. Francuski sudija (na primer, istražni sudija) koji vodi postupak za delo učinjeno od strane Francuza u inostranstvu mora zato da ispita strane

5 U francuskom pravu se kažnjiva dela razvrstavaju na prekršaje (*les contraventions*), prestupe (*les délits*) i zločine (*les crimes*), pri čemu se kao kriterijum razlikovanja koristi vrsta i mera propisane kazne. Ova podela se u teoriji označava kao *summa divisio* čitavog krivičnog prava i od ključnog je značaja za organizaciju i nadležnost krivičnog sudstva (prim. prev.).

organe da bi saznao da li njihovo zakonodavstvo zabranjuje to delo. I ekstradicija – a u određenoj meri i evropski nalog za hapšenje – mogu da se primenjuju samo pod određenim uslovima od kojih je jedan reciprocitet inkriminacije. Navedimo još slučaj francuskog sudije koji zamolnicom od američkih nadležnih organa traži pretresanje na mestu koje se nalazi na teritoriji Sjedinjenih Američkih Država. Treba znati da u toj zemlji ova istražna radnja pretpostavlja saglasnost sudije koji će dati odobrenje samo ako postoji *probable cause* da se traženi predmet nalazi ili se može pronaći na označenoj adresi. Prilikom odlučivanja vrhovni sudovi (ne onaj u Francuskoj)⁶ često podsećaju na uporedno pravo da bi pronašli odredbu na kojoj će zasnovati svoju odluku, te tako, na primer, Vrhovni sud Kanade često navodi engleski Dom lordova (danas Vrhovni sud), Evropski sud u Strazburu i, naravno, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država (koji mu nikada ne uzvraća ljubaznost). Moglo bi se navesti mnogo drugih primera.

2. I nacionalni zakonodavac ima potrebu za inostranim pravom. Već više desetina godina se autori zakonskih nacrti obraćaju nadležnim organima određenih zemlja kako bi saznali koja rešenja tamo postoje. Kada je osamdesetih godina prošlog veka Francuska odlučila da donese novi Krivični zakonik, ugledala se na Mitermajera koji je u XIX veku, zadužen da izmeni Krivični zakonik za određene države buduće Nemačke, otpočeo sa upoznavanjem stanja stvari u okruženju. Događa se i da nadležni organi jedne zemlje, u trenutku izmene zakonika, upute poziv slavnim pravniku iz neke druge zemlje, što predstavlja način da se uvezu inostrane odredbe. Ortolan, autor ne samo *Kursa o uporednom krivičnom zakonodavstvu* o kojem je bilo reči, već i slavni *Elementa krivičnog prava*, bio je od 1860. do 1870. godine pozvan od strane Portugalije da učestvuje u izmeni njenog Krivičnog zakonika. A kada je tih godina Japan, tek što je izašao iz feudalnog doba, hteo da donese „zapadni“ krivični i građanski zakonik, profesoru francuskog prava Boasonadu je upućen poziv.

Danas su takvi međunarodni odnosi veoma institucionalizovani. Tako je pre dvadesetak godina Francuska osnovala specijalizovanu službu unutar Ministarstva pravde – Službu za evropske i međunarodne poslove⁷ koja se sistematski bavi svim zakonskim nacrtima, ne samo u krivičnoj materiji. U njoj postoji kancelarija za uporedno pravo koja sačinjava izveštaje u kojim pojašnjava kako su (ili nisu) strana zakonodavstva rešila određeno pitanje. Kancelariju vode dva magistrata,⁸ a ona postavlja pitanja međunarodnoj strukturi zvanoj Mreža za zakonodavnu saradnju ministarstava pravde Evropske unije,⁹ koje je francuska tvorevina i poseduje jednog dopisnika pri svakom ministarstvu pravde država članica Unije. Na postavljena pitanja dopisnik daje tražena obaveštenja.

6 Medutim, u Francuskoj mišljenja generalnog advokata sadrže često uporedne podatke.

7 *Service des affaires européennes et internationales* (prim. prev.).

8 Magistrat (*le magistrat*; lat. *magistratus*) jeste lice koje pripada pravosuđu i nadležno je da deli pravdu (*le magistrat de siège*) ili da je zahteva u ime države (*le magistrat du parquet*). G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Presses Universitaires de France, Paris 2003⁴, 543 (prim. prev.).

9 *Réseaux de coopération législative des Ministères de la justice de l'Union européenne* (prim. prev.).

3. Ako se uopšti uporedni metod, može se zamisliti ili očekivati da se bar u određenim oblastima ostvari stari san komparativista o ujednačavanju nacionalnih prava. Mislim na krivični odgovor na organizovani kriminalitet gde se uočava da sva evropska prava prihvataju ista sredstva kao što su prikriveni nadzori, ubacivanje prikrivenih islednika, telefonska prisluškivanja, tajna snimanja, ozvučenje određenih mesta... U tome ne treba videti smrt uporednog prava, već najpre poštovanje iskazano disciplini zahvaljujući kojoj je moglo da se ostvari ujednačavanje, ili pre harmonizacija, budući da ne treba kriti da potpuno ujednačavanje (ili jednolikost) nije moguće i, čak, nije ni poželjno. U Evropi sada dokumenti (konvencije, direktive, u manjoj meri rezolucije) predstavljaju osnov te harmonizacije, a na njoj rade evropske sudije u Strazburu i Luksemburgu čije odluke se veoma često dotiču krivičnog prava i krivičnog postupka.

Uporedno krivično pravo jeste zato potreba za građane. S tim u vezi, odmah se postavlja pitanje kako se može stvoriti uporedno krivično pravo?

II – KAKO UPOREDNO KRIVIČNO PRAVO?

Zbog postojanja razlika između dva velika pravna sistema (romansko-germanskog ili kontinentalnog na jednoj strani, *common law* na drugoj) i unutar jednog sistema (između državnih prava, na primer, Nemačke i Francuske), treba odrediti sredstva za obuhvatanje tih razlika i zatim ih treba objasniti. Štaviše, istraživanje razlika ne treba da prikrije sličnosti između prava dve (ili više) države, a naročito između sistema. Nekada su – na početku XX veka – sa zadovoljstvom isticane sličnosti zarad izgradnje univerzalnog prava. Stvari se danas komplikuju postojanjem različitih suprotnosti i sličnosti: između grana ima svih duginih boja.

Potrebno je zato označiti sredstva, ključeve koji omogućavaju razumevanje razlika i sličnosti između nacionalnih prava i međunarodnih sistema. To su pravni i nepravni ključevi.

A – Pravni ključevi

1. Prva radnja komparativiste jeste prikupljanje materijala.

a) Prvi materijal očigledno čine zakonici i zakoni, tačnije, krivični zakonici, zakonici o krivičnom postupku i zakonici o izvršenju krivičnih sankcija različitih država. I ovde nastaju poteškoće.

Potrebno je najpre imati važeće odredbe zakonika, što je danas sve teže. U periodu od 1960–1980. godine postojali su prevodi na francuski jezik većine evropskih zakonika. Danas se putem interneta može doći do većine zakonika (na engleskom), s tim da se unosenje izmena ne vrši svake godine.

Kada je komparativista pribavio važeći zakonik, može da iskrnsne druga vrsta poteškoća.

– Na pravom mestu, ima mnogo „lažnih prijatelja“. Primera radi, anglo-američki *preliminary enquiry* nije isto što i prethodna istraga u kontinentalnoj Evropi: prva se nalazi na početku gonjenja i vrši je policija, dok se druga nalazi između pre-

distražnog postupka i upućivanja krivične stvari na suđenje i vodi je magistrat koji je pozvan da oceni osnovanost navoda optužbe da bi znao da li treba ići na suđenje.

Anglo-američki *preventive detention* nije pritvor iz evropskih kontinentalnih prava: prvo je dodatna sankcija koju izriče sud uz glavnu kaznu da bi bila izvršena nakon nje, kako bi se izbegao povrat, dok o drugoj odlučuje sudija u pripremnoj fazi postupka, naročito da bi sprečio bekstvo i sačuvao dokaze.

Drugi primer je engleska reč *prejudice* koja na francuskom znači predrasuda, ali i gubitak ili šteta.

– Na drugom mestu, ima reči ili izraza koji su neprevodivi kao što su istražni sudija kojeg poznaju određena romano-germanska prava, a ni u kom slučaju prava *common law*. Štaviše, tamo gde postoji istražni sudija nema uvek isto značenje: treba praviti razliku između Holandije, Belgije, Francuske, Španije ili Portugalije. Otuda nastojanje pojedinih autora da izbegavaju prevođenje izraza (na primer kao *investigating magistrate*) i da navedu izraz u izvornom obliku bez korišćenja navodnika.

– Na trećem mestu, treba voditi računa da zakonicima ili zakonima koji su pisani na određenom jeziku, a zatim prevedeni na drugi jezik da bi zadovoljili deo populacije koja ne govori jezik koji je bio izvorno korišćen. Poznat je primer kanadskog Krivičnog zakonika. Evropljani misle prvenstveno na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima napisanu na engleskom i prevedenu zatim na francuski, o čemu svedoče dva jezika. Radi pojašnjenja se može navesti član 5 § 3 koji, prema francuskoj verziji, propisuje da „svako uhapšeno ili zatvoreno lice ... mora biti odmah izvedeno pred sudiju ...“, dok engleski tekst koristi reči *brought promptly*. Ako reč *promptly* želi da kaže bez odlaganja, u najkraćem roku, izraz „odmah“ znači smesta. Dakle, francuska verzija ostavlja manje prostora policiji za vođenje predistrage pre izvođenja pred sudiju nego engleska reč. Ova razlika je bila izvor neodlučnosti od strane Evropskog suda za ljudska prava, tako da određene odluke upućuju na izvođenje pred sudiju u roku do dvadeset četiri časa, dok druge prihvataju tri, čak četiri dana. Na taj način je prizvana sudska praksa.

b) Druga serija materijala jesu odluke sudske prakse (i čak postupanje), što se dotiče mesta sudije u pravnom sistemu određene države. Sudska praksa ima izuzetan značaj jer predstavlja živo pravo, pravo koje se primenjuje, nasuprot teorijskom pravu koje je sadržano u zakonskim tekstovima. Ovde treba dodatno pojasniti stvari. Sudska praksa je pre svega tumačenje zakona i taj intelektualni poduhvat se može pokazati kao veoma odvažan za prevazilaženje slova zakona iz moralnih ili praktičnih razloga. Francuski Krivični zakonik iz 1810. godine određivao je krađu kao „prevarno oduzimanje tuđe stvari“ (član 379). U prvim odlukama je reč „oduzimanje“ tumačena tako da pretpostavlja oduzimanje protivno volji vlasnika. Nakon toga je Krivično odeljenje Kasacionog suda zauzelo stav da oduzimanje postoji i kada vlasnik preda stvar trećem licu da bi je pogledalo, a što ono iskoristi da oduzme stvar. Drugi Krivični zakonik iz 1994. godine zadržao je izraz oduzimanje (član 311-1), ali kasnija sudska praksa je ostala dosledna širem tumačenju čemu se nema šta prigovoriti. Događa se ponekad da se sudska praksa jasno udaljava od zakonskog teksta na način koji je podložan kritici. U tom smislu zloupotrebu poverenja ostvaruje zaposleni koji koristi svoje radno vreme za ciljeve koji su različiti od onih

za koje je plaćen. Dopusnivši takvo proširenje člana 314–1 Krivičnog zakonika koji inkriminiše zloupotrebu poverenja, francuski Kasacioni sud će uskoro kazniti zaposlenog koji u toku radnog vremena rešava ukrštene reči ili vodi šaljivi razgovor sa mladom službenicom!

Sudska praksa je i stvaranje odredaba koje ne postoje u tekstu. Ovaj put se sudija ne zadovoljava tumačenjem, pa čak ni iskrivljavanjem teksta, već preuzima mesto zakonodavca koristeći njegovo ćutanje ili zaborav. U engleskom pravu su krivičnopravne teorije o osnovima koji isključuju odgovornost tekovina sudske prakse: sudije su odredile prinudu, duševnu bolest ili zabludu kao osnove isključenja odgovornosti. Istina je da u Engleskoj ne postoji krivični zakonik. Zbog toga su sudije stvorile određene inkriminacije. U predmetu *Schaw protiv Direktora javnog gonjenja*, jedno lice koje je objavilo godišnjak londonskih prostitutki bilo je gonjeno zbog *conspiracy to corrupt public moral* (zavera protiv dobrih običaja). Ono se u svojoj odbrani pozvalo na nepostojanje zakona, a Dom lordova je, priznajući da ne postoji nikakva zakonska odredba, odgovorio da je ta okolnost nebitna. Istina je da danas anglo-američke sudije ne prisvajaju više ovlašćenje da stvaraju nove inkriminacije. Uprkos tome, Sud u Strazburu ne okleva da stvori – čak u krivičnom postupku – nova pravila, odlučivši na primer u predmetu *Salduz protiv Turske*, 27. novembar 2008, da svaki optuženi za vreme zadržavanja ima pravo na pomoć advokata, dok se Evropska konvencija zadovoljava time da svaki optuženi ima pravo na pomoć branioca (član 6 § 3 c).

Treba ići dalje u opštem razmatranju uloge sudije u *common law* i romano-germanskom sistemu: u prvom je sudija приметно važniji nego u drugom. Rasno podvajanje je bilo sasvim prihvaćeno od strane američkog Vrhovnog suda. Taj sud je 1896. godine prihvatio da određene države uspostave podvajanje između belaca i crnaca, da bi tek 1954. godine segregacija nestala. Nasuprot tome, u Francuskoj su velike reforme vršene zakonom. Zakonodavac je januara 1975. godine uveo, istina pod određenim uslovima, slobodu pobačaja.¹⁰ Iako je aktuelno pitanje ublažavanja zabrane eutanazije, na zakonodavcu je da odluči o tome.¹¹

2. Nakon što je komparativista prikupio potrebne pravne materijale, mora ih još tumačiti i time se dotičemo najsloženijeg posla koji treba da obavi. Da bi se došlo do valjanog upoređivanja, stručnjak mora da koristi dva instrumenta na koja su ukazali Konstatinesko¹² i Cvajgert i Kez.¹³ Iako su pomenuti autori bili pre svega civilisti, kriterijumi koje su opisali savršeno su primenljivi u krivičnoj materiji.¹⁴

10 D. Salas, *Le courage de juger* (entretien avec F. Niel), Bayard, Montrouge 2013, 51, 52.

11 Ovo pitanje je nedavno rešeno tako što je, 17. marta 2015. godine, donet Zakon koji predviđa da želje koje ljudi iznesu u svesnom stanju da ne budu stavljani pod aparate za veštačko održavanje života ako dođu u fazu kada to postaje neophodno, postaju pravno obavezujuće za lekare. S tim u vezi, veoma je značajna i odluka koju je u predmetu *Lambert i ostali protiv Francuske*, 46043/14, doneo 5. juna 2015. godine Evropski sud za ljudska prava u Velikom veću (prim. prev.).

12 L. J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, LGDJ, Paris 1972.

13 K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford, 1998.

14 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris 2008³, gde je učinjen pokušaj da se na krivičnu materiju primene građanski ključevi, n° 32 etc.

Prvi instrument čine elementi koji određuju pravni sistem. Oni daju određenom pravnom sistemu specifičnu individualnost zato što se odražavaju na čitavu pravnu disciplinu, drugim rečima, primenljivi su u više oblasti. U opštem delu krivičnog prava su to načelo zakonitosti (sa posledicom strogog tumačenja), krivična odgovornost pravnih lica, načelo subjektivne krivice, kazneni tretman i retribucija... Nasuprot tome, slučajevi saučesništva, kažnjavanje saučesnika u odnosu na izvršio- ca, kriterijumi pokušaja, odnose se samo na ova dva pojma – saučesništvo i pokušaj, tj. ne prelaze u druge oblasti.

U krivičnom postupku je reč o elementima koji određuju invizitorski ili aku- zatorski model (sa što preciznije određenom ulogom sudije i stranaka),¹⁵ ulogu žr- tve, građana, zastarelost javne tužbe. Nasuprot tome, *cross examination* (unakrsno ispitivanje), rokovi za izjavljivanje pravnih lekova ili organ kojem se podnosi žalba ili prijava ne predstavljaju određujuće elemente. Očigledno je da se komparativista bavi samo određujućim elementima i vezuje se za sekundarni element, kao što je trajanje zadržavanja, samo ako on baca svetlo na zakonodavnu kaznenu politiku.

Treba izneti jednu primedbu u vezi s položajem organa krivičnog pravosuđa koji se može pojaviti kao određujući element. Želim da govorim o advokatu i članu javnog tužilaštva. U svim evropskim pravima ova dva lica pripadaju različitim teli- ma. Na drugoj strani, u Severnoj Americi, naročito u Kanadi, oni su deo istog tela: advokati obavljaju bilo privatnu praksu (kao advokati u Evropi), bilo kao članovi javnog tužilaštva na osnovu ugovora sklopljenog s ministarstvom pravde (ugovor na određeno vreme), odakle velika bliskost između svih tih praktičara proizašlih iz istog tela. Praktična posledica je da su se u Severnoj Americi u XIX veku mogli pojaviti iskazi o krivici (*plea bargaining*) i naknadni sporazum između optužbe i odbrane.¹⁶ Bilo je potrebno dugo sazrevanje, prouzrokovano preopterećenošću su- dova u Evropi da bi se sedamdesetih godina prošlog veka otpočelo s praksom takvih sporazuma koja je kasnije bila ozakonjena (Italija, Nemačka, Francuska...). Konačni rezultat je svuda isti, ali sa značajnim razlikama na tehničkom i pre svega suštin- skom planu: u Severnoj Americi sporazum potiče velikim delom iz sličnosti položa- ja između optužbe i odbrane, dok je u kontinentalnoj Evropi bio neophodan pritisak praktične potrebe da bi se do njega došlo.

Drugi element jeste onaj iz istoznačnosti institucija. Ideja je da krivična funk- cija može biti ostvarena od strane dve potpuno različite institucije. Prvo objašnjenje se odnosi na dve institucije koje funkcionišu unutar krivičnog sistema. U pitanju je negonjenje za lakša (bagatelna) krivičnih dela. U Francuskoj se primenjuje načelo oportuniteta krivičnog gonjenja tako što za dela osrednjeg značaja magistat odbacu-

15 Razlika koja je u pozitivnim pravima mnogo manje jasna nego što to misle određeni teoretičari. O toj relativnosti v. G. P. Ilić, M. Majić, „Nature, importance and limits of finding the truth in criminal proceedings“, *Annales of the Faculty of Law Belgrade – Belgrade Law Review* 2013/3, 82 etc.

16 U Kanadi je predstavnik javnog tužilaštva član advokatske komore koji postupa u ime generalnog tužioca, v. P. Bélivau, M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, Themis, Yvon Blais, Montréal 2013, 95 etc.; P. Bélivau, J. Pradel, *La justice pénale par les droits canadiens et fran- çais, Etude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, Bruylant et Blais, 2007, n° 233.

je prijavu ili nameće obavezu izvršiocu dela (naknada štete koja je pričinjena žrtvi, uređenje njenog položaja, staranje...). U Rusiji (član 14 § 2 Krivičnog zakonika) lako delo ne predstavlja krivično delo. Francuska dakle putem krivičnog postupka rešava ono što Rusija uređuje materijalnim krivičnim pravom. To znači da je rezultat veoma blizak i oba prava su saglasna u stavu da *minimis non curat praetor*.

Drugi primer se odnosi na oslanjanje na dva sistema – krivični i upravni sistem. Iako postupanje daje povod za krivičnu sankciju, zakon se zadovoljava upravnom sankcijom. Pitanje je značajno, jer danas mnoga prava u cilju rasterećenja krivičnog pravosuđa vrše „dekriminalizaciju“ velikog broja ponašanja. U tome prednjače Nemačka i Italija. U stvarnosti su međutim krivični sudija i upravni organ jednaki, pošto lice kojem je izrečena upravna sankcija (u načelu nema zatvora) može da izjavi pravni lek krivičnom sudiji. Uz to, Sud u Strazburu smatra da se u materiji upravnih sankcija primenjuju kazneni principi (zakonitost, proporcionalnost, pravo na odbranu ...): odluka *Öztürk* (od 21. februara 1984) je veoma jasna po tom pitanju.

Pored dva elementa koja je istakla uporedna građanska teorija, može se dodati treći, izveden iz stanja institucija. Hteli bismo da pokušamo da pokažemo da u procesnim ustanovama, organi postupka još preciznije imaju mogućnost da utiču na kazne ili na tok postupka. Odatle proističu značajne razlike između prava koja su bliska po drugim osnovima.

Prva ilustracija tih organizacionih uticaja jeste porota. Poznato je da je u Francuskoj, tokom XIX veka, prisustvo porote umanjilo strogost Krivičnog zakonika iz 1810. godine koji je bio „gvozdeni Zakonik“. Ali evo i drugog primera, manje poznatog, koji se odnosi na nehatno ubistvo. U Francuskoj je ovo delo suđeno od strane profesionalnih sudija koji su, raskinuvši sa suptilnostima uzročnosti, utvrđivali krivičnu odgovornost u slučajevima kada je veza između radnje i posledice posredna. U Engleskoj *manslaughter* obuhvata svako lišavanje života koje je učinjeno bez zle namere, umišljajno ili nehatno, a u nadležnosti je krunskog suda¹⁷ sačinjenog od građana kojima nije lako da se bave problemima uzročnosti, usled čega su skloni da negativno odgovore na pitanje o krivici optuženog. Svako poređenje između Engleske i Francuske za ovo krivično delo mora da vodi računa o toj činjenici organizacionog karaktera.

Drugi primer se odnosi na postojanje istražnog sudije. U Francuskoj krivični slučajevi prolaze kroz njegove ruke tako da pred sudećim sudom glavni pretresi mogu da budu brzi i ne previše brojni (što istina nije uvek slučaj). Na drugoj strani, u zemljama *common law* nema istražnog sudije, već istragu vodi policija usled čega je glavni pretres izuzetno obiman. Zbog složenosti i dužine glavnog pretresa anglo-američki pravници su izmislili određena sredstva od kojih je najpoznatije *plea bargaining*, dugo vremena neprihvaćeno u kontinentalnoj Evropi, o kojem je već bilo reči.

Upoređivanje je dakle složena veština utoliko pre što mora da obuhvati nepravne podatke.

¹⁷ *Crown Court* (prim. prev.).

B – Nepravni ključevi

Biće pomenuta dva, što ne isključuje mogućnost postojanja i drugih.

1. Prvi – i najvažniji – očigledno je stanje kriminaliteta. Njegov značaj i priroda uslovljava represiju tako da je poređenje dva bliska prava usiljeno ako je kriminalitet različit. Na drugoj strani, fenomeni koji se svuda nalaze mogu podstaći slične kaznene (i preventivne) reakcije. Tako je sa terorizmom i porodičnim nasiljem. U Francuskoj je, s razvojem terorizma, opravdanje terorizma predstavljalo medijski prestup (izmenjeni član 26 Zakona od 29. jula 1881. godine) da bi Zakonom od 7. novembra 2014. godine postalo prestup opšteg prava. To znači da se režim medijskih prestupa (zastarelost za tri meseca, a ne za tri godine; isključenje ubrzanog postupka neposrednog pojavljivanja pred popravnim sudom) ne primenjuje više od 2014. godine.

Treba biti oprezan sa statistikama, jer vlade pokazuju sklonost da umanje brojeve da bi podstakle verovanje u efikasnost svojih kaznenih politika. Jedan od najopasnijih oblika tog skretanja odnosi se na kvalifikaciju dela, pa tako, na primer, pokušaj provalne krađe može da bude kvalifikovan kao uništenje i oštećenje nepokretnosti! Neupućeni čitalac ili stranac bi mogao pomisliti da su provalne krađe malobrojne u zemlji ako čita statistike.

2. Treba takođe voditi računa o tokovima ideja. Pravo nije samo proizvod ekonomije i finansija. Ono je takođe rezultat političkih, filozofskih, moralnih i, čak, religijskih mišljenja. Ova mišljenja utiču na pravo inkriminacija (pobačaj, eutanazija) i sankcija. Nekadašnje francusko pravo je poznavalo dva kaznena sistema, onaj stroge i čak okrutne države (tortura, smrtna kazna ...), i onaj teorijski obrađene države od strane Mabijona u *Razmišljanjima o zatvorima religijskih redova*, napisanog 1690. godine i objavljenog 1724. godine. Politika retribucije i popravljanja u humanom okviru opisana u ovom ključnom delu je inspirisala Penitencijarnu školu u XIX veku (zvanom Julska monarhija) i ne samo u Francuskoj. Mnogo nacionalnih ili drugih tekstova, po čitavoj Evropi, i odluke Suda u Strazburu su prožete njima. Ova Razmišljanja pojavljuju se kao zajednički imenitelj velikog broja prava u Evropi, kao i prava Saveta Evrope. Na sličan način, religijsko shvatanje o čoveku igra važnu ulogu. Protestantska kultura prepušta pojedincu upravljanje vlastitom sudbinom, pa je on pozvan da odgovara za svoje grehe pred Bogom jer je slobodan. Nasuprot tome, u latinskoj tradiciji zajednica treba da pomogne grešniku da se ponovo uključi u društvo tako da zastrašivanje bude manje.¹⁸ Drugi primer, kuranska kultura nije bez uticaja na krivično pravo, naročito kada je reč o inkriminacijama (pobačaj, preljuba) i postupku.



Uporedno krivično pravo – kao krivično pravo uopšte – pogibeljna je disciplina, puna svakojakih zamki.¹⁹ Ovu disciplinu bije loš glas i mnogi veoma ozbiljni duhovi u njoj vide disciplinu koja je stvorena za turistička putovanja na kojima se izveštačeno govori o stvari koja se ne zna. Predmet ovog kratkog izlaganja je bio da pokaže ozbiljnost uporednog krivičnog prava, njegove poteškoće i značaj, a moglo bi se čak reći i njegovu apsolutnu neophodnost.²⁰

Preveo Goran P. Ilić

19 J. Pradel, „Les pièges du droit comparé. Quelques aspects en droit pénal“, *Mélanges G. Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris 1994, 345.

20 Navedimo sjajnu studiju: M. Ancel, „Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparée“, *Mélanges P. Bouzat, Pédone*, Paris 1980, 8.