

Dr. sc. Mirjan Damaška*

POTRAGA ZA PRAVIČNIM POSTUPKOM U DOBA INKVIZITORNE PROCEDURE

Sinopsis: Uvod. I. Raznolikost kaznenih pravosuđa u ancien régimeu: kolijevka u Rimskoj crkvi. Prevlast inkvizitornog postupka u svjetovnom kaznenom pravosuđu. Uspon jamstava obrane. II. Rudimentarno razumijevanje pravičnog postupka. Sastavnice pojma „citatio-defensio“. Objektivne odredbe ili subjektivna prava. Osvrt na Englesku. Utjecaj zahtjeva pravičnog postupka. III. Farinaccijev consilium. Činjenice slučaja. Nevaljanost Biffova priznanja. Nevaljanost Curtesova priznanja. Legitimitet stavljanja Guida na torturu. IV. Diskriminatorni karakter starih jamstava obrane. Zaključak

UVOD

Sustav kaznenog pravosuđa koji je prevladavao u zemljama kontinentalne Europe u razdoblju od trinaestog do devetnaestog stoljeća na zlom je glasu u zapadnoj procesnoj povijesti. Standardni opis prikazuje ga kao sustav vođen neumornom željom da suzbije ono što je smatrao kaznenim djelom. Pri tome se zanemaruje raznolikost postupaka koje je sustav razvio i izdvaja se zloglasna inkvizitorna varijanta, najčešće u najgorem obliku - progonu heretika ili vještica u šesnaestom i sedamnaestom stoljeću. Konačno, sustav se u cjelini obično povezuje s nespontanom uporabom torture kako bi se iznudila priznanja, odsustvom branitelja, presumpcijom krivnje i sličnim pokudnim procesnim obilježjima. Ideje koje danas povezujemo s uvažavanjem interesa obrane, ili pravičnošću postupka, u potpunosti su odsutne iz takvog standardnog prikaza ovog drevnog sustava pravosuđa.

Iako taj konvencionalni prikaz nije tako iskrivljen da bi učinio svoj predmet neprepoznatljivim, njegova iskrivljenja su kao odrazi u cirkuskom ogledalu:

* Dr. sc. dr. h. c. mult. Mirjan Damaška, sterling profesor emeritus prava na Yale Law School, SAD

Članak *The Quest for Due Process in the Age of Inquisition* izvorno je objavljen u *The American Journal of Comparative Law*, Vol. LX, No. 4, str. 919.-954. S engleskog jezika preveli i priredili mr. sc. Marin Bonačić, asistent na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, i Marina Crnjak, mag. iur., znanstvena novakinja na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

usredotočuje se na negativne osobine i izostavlja druge. Među zanemarenim osobinama su neka načela i pravila koja ocrtavaju ono što bismo u današnje vrijeme nazvali jamstvima obrane koje zahtijeva pravičan postupak (*due process*), odnosno procesna pravičnost (*procedural fairness*). Iako je istina da su mnoga od tih načela i pravila razvili akademski pravници izolirani od praktičnih pritisaka suzbijanja kriminaliteta, pogrešno bi bilo odbaciti ih kao da odišu mirisom učenjačke svjetiljke i kao nebitne za sudsku praksu u svim kontinentalnim jurisdikcijama za vrijeme života *ancien régimea*.

No čak ako su kontinentalna tijela kaznenog progona to staro pravo redovito gazila nogama, postoji neovisan razlog zašto ta načela i pravila ne smiju biti zaboravljena. Ona predstavljaju rane i pravno prilično profinjene napore da se razviju procesna jamstva obrane u jednom neprijateljskom ambijentu. Inkvizitorno okruženje ne treba zamišljati kao dubinski pokvarenu posudu koja ne može sadržavati ništa što bi zaslužilo simpatije. Promotrimo li pobliže ta stara jamstva, mračna priča o sudskoj torturi ne zasjenjuje rudimente humanističke zabrinutosti – čak i osjetljivosti za ljudsko dostojanstvo. Ako su ta jamstva i dalje uvredljiva za naš senzibilitet, to je prvenstveno zato što su ona bila rezervirana za više društvene slojeve, štiteći samo njih od surovosti i neobuzdane sile tijela kaznenog progona.

Kako bismo osigurali prikladnu podlogu za raspravu o ovim pitanjima, prvo ćemo skicirati raznolikost kaznenih postupaka koji su postojali u vrijeme *ancien régimea*. Nakon pokazivanja kako se položaj okrivljenika razlikovao u spektru tih varijacija, potražiti ćemo minimalne zahtjeve pravičnog postupka kako je tada shvaćan. Usredotočit ćemo se na one za koje se govorilo da su ukorijenjeni u prirodnom i božanskom pravu. Zahvaljujući uzvišenom podrijetlu, ti minimalni zahtjevi trebali su biti nepromjenjivi i obvezujući čak i u najmračnijim kutovima kaznenog pravosuđa. Teoretičari kritični na prevladavajuće neuravnotežene prikaze kaznenog pravosuđa *ancien régimea* identificirali su dva načela ovoga žanra: prvo je načelo zahtijevalo da se okrivljenike pozove na sud (*citatio*), a drugo da im bude dana prilika da se brane (*defensio*).¹ Ipak, nije dovoljno istraženo što su ta dva načela zahtijevala u specifičnom procesnom kontekstu.

Izvući suprotstavljena mišljenja o ovom pitanju iz sive močvare od nekoliko stoljeća teoretskih rasprava, priručnika za praktičare i sudskih dokumenata zahtijevalo bi opsežnu monografiju očito iznad ambicija ovoga eseja. Ograničit ćemo se samo na pregled najvažnijih sastavnica tih dvaju načela, a zatim ćemo ilustrirati kako su bila tretirana u mišljenju (napisanom za uporabu u sudnici) poznatog talijanskog pravника šesnaestog stoljeća Prospera Farinaccija

¹ Vidi npr. Gino Gorla, *Jura Naturalia sunt Immutabilia*, u: DRITTO E POTERE NELLA STORIA EUROPEA, ATTI IN ONORE DI BRUNO PARADISI, 629., 676. (Leo Olschi ed., 1982.). Vidi također KENNETH PENNINGTON, THE PRINCE AND THE LAW, 132.-164. (1993.).

(1554.-1618.). Većina onoga što je imao reći u svom mišljenju (*consilium*) ne potječe od njega niti je ograničeno na talijanski *cinquecento*, već izražava stajališta utjecajnih kontinentalnih pravnih autoriteta od trinaestog stoljeća do vremena u kojemu je živio. Ono što je on samostalno iznio o neriješenim pravnim pitanjima imalo je značajnu težinu s obzirom na njegovu reputaciju „princa među kaznenim odvjetnicima“ (*criminalistarum princeps*).² Ugrađen u činjenice jednog konkretnog slučaja ubojstva, njegov *consillium* pruža bolji uvid u „život“ tadašnjeg prava nego njegove apstraktne analize u raspravama suvremenih pravnika *ancien régime*a.

I. RAZNOLIKOST KAZNENIH PRAVOSUĐA U ANCIEN RÉGIMEU

Kolijevka u Rimskoj crkvi. U različitosti oblika starijih kontinentalnih sustava kaznenog pravosuđa, oni razvijeni u visokom srednjem vijeku od Rimske crkve čine prikladnu polazišnu točku. Kad je božji sud pao u zaborav, Crkva je postupno razvila tri glavna tipa formalnih kaznenih postupaka.³ Najstariji je bio takozvani „akuzatorni“ tip, razvijen po uzoru na rimski kazneni postupak kasnog carstva. Da bi bio pokrenut, zahtijevala se pisana tužba privatnog tužitelja koji je specificirao optužbe. Njegova je dužnost bila sucu predložiti dokaze o inkriminirajućim činjenicama, koji je potom ispitivao svjedoke i pregledavao druge dokaze u odsustvu stranaka. Tajnost i sudački monopol u izvođenju dokaza u to su se vrijeme smatrali poželjnima kako bi se spriječilo stranke da iskrivljavaju svjedočke iskaze.

² Iako je bio čovjek dvojnog životnog stila s čestim pravnim problemima, uključujući i sukobe s kaznenim zakonom, Farinacci je obavljao važne funkcije kao branitelj, sudac, a kratko vrijeme i kao javni tužitelj (*fiscus*) u papinskoj državi. Ipak, veliku slavu stekao je još za života kao pisac pravnih rasprava i učenih mišljenja. Dva stoljeća nakon smrti utjecao je na pravnu praksu ne samo u Italiji već i u drugim zemljama kontinentalne Europe. Za prikaz njegova života vidi Niccolo del Re, *Prospero Farinacci Giureconsulto Romano*, 28 ARCHIVIO DELLA SOCIETA ROMANA DI STORIA PATRIA (1975.).

³ Dodatno, neki rani pravni izvori spominju postupke u „flagrantnim“ i „iznimnim slučajevima“, koje kasniji komentatori smatraju varijantama inkvizitornog postupka. Postojao je i postupak tako neformalan da se rijetko smatrao *sudačkom* djelatnošću. Koristio se u slučajevima takozvanih „notornih“ kaznenih djela koja su definirana kao kaznena djela o čijem počinjenju je znanje „tako duboko i rašireno da krivnja počinitelja ne može biti sakrivena nikakvim izgovorima“. Reći ćemo više o tome neformalnom postupku prilikom govora o engleskoj samoinformirajućoj poroti. O uključivanju „flagrantnih“ i „iznimnih slučajeva“ u inkvizitorni proceduralni model vidi BENEDICT CARPZOV, *PRACTICA NOVA RERUM CRIMINALIUM IMPERIALIS SAXONICA*, Pars III, qu. 103, no. 12 (Wurst, 1677.). Ta knjiga iz sedamnaestog stoljeća bila je utjecajna diljem kontinentalne Europe, a na pojedinim mjestima tretirala se kao da ima zakonodavnu snagu. Vidi RODERICH VON STINTZING, *GESICHTE DER DEUTSCHEN RECHTSWISSENSCHAFT*, Vol. 1, part 1, 67. (München-Leipzig, 1884.).

Na tužitelju je bio također teret uvjeravanja suca u postojanje inkriminirajućih činjenica. To je bio težak zadatak zahvaljujući strogom standardu o dostatnosti dokaza koje je Crkva naslijedila iz rimskog prava i nekoliko biblijskih izvora. No, ne samo da je taj zadatak bio zahtjevan, bio je i opasan: ako tužitelj ne bi uspio ispuniti teret dokazivanja, sam je podlijegao kazni kakva je prijetila optuženiku. Položaj potonjeg bio je povoljan. Tužba ga je informirala o optužbama, a sudac je bio obvezan upoznati ga s imenima i izjavama svjedoka koji su iskazivali protiv njega. Na njemu je bio teret uvjeravanja suca samo u pogledu tzv. afirmativnih obrana. Tortura nije bila priznata kao legitimno sredstvo pribavljanja iskaza: sudsko priznanje okrivljenika moralo je biti spontano. U pravilu, on čak nije bio dužan odgovarati na pitanja sve dok nije bio uspostavljen viši stupanj izvjesnosti da je počinio kazneno djelo, funkcionalni dvojniki naše osnovane sumnje o okrivljenikovoj umiješanosti u kazneno djelo.⁴ Također, okrivljenik je mogao imati branitelja.

Ovaj tip kaznenog postupka odgovarao je Crkvi tako dugo dok je bila zaokupljena transcendentnim pitanjima. Njezini vođe nisu bili pretjerano zabrinuti činjenicom da su mnoga kaznena djela ostala nekažnjena zbog nedostatka pojedinaca voljnih preuzeti terete i rizike skopčane s obnašanjem tužiteljske funkcije: krivci su mogli biti ostavljeni božanskoj pravdi u budućnosti. No odmicanjem srednjeg vijeka, kako je Crkva stjecala svjetovne aspiracije, taj tolerantni odnos prema kaznenim djelima došao je kraju. Crkvena elita postala je uznemirena zbog nedjela razuzdanih klerika i postala je revna iskorijeniti ponašanja uvredljiva za kršćanske vrijednosti.⁵ Najistaknutiji problem bile su situacije gdje su uvjerljive glasine o kaznenom djelu kružile zajednicom, ali nijedna osoba nije bila voljna podnijeti formalnu tužbu. Kao odgovor na tog „iritanta“ pojavio se inkvizitorni tip crkvenih postupaka (*processus per inquisitionem*). Crkveni suci postali su ovlašteni samoinicijativno istraživati jesu li javne glasine (*public fama*) o kaznenom djelu utemeljene te, ako jesu, pokrenuti formalni kazneni postupak po službenoj dužnosti.⁶ Izvorno, međutim,

⁴ Ipak, treba reći da su postojale mnoge iznimke od toga pravila. Za prikaz akuzatornog postupka na talijanskim svjetovnim sudovima vidi HERMAN ULRICH KANTOROWITZ, ALBERTUS GANDINUS UND DAS STRAFRECHT DER SKOLASTIK, Vol. 1, 87.-120. (Berlin, 1907.).

⁵ Za prikaz tog razvoja vidi Richard M. Fraher, *The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: „Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita“*, U. ILL. L. Rev., 1984., str. 77.-595.

⁶ Postupak se razvio iz internih crkvenih disciplinskih postupaka, čiji je cilj bio istražiti postoji li glasina o nedoličnom ponašanju klerika, a ne je li opravdana i je li nedjelo uistinu počinjeno. Ti su se disciplinski postupci transformirali u kazneni postupak djelovanjem pape Inocenta III., ali su ostali ograničeni na njegovu personalnu jurisdikciju. Na Četvrtom lateranskom koncilu (1215.) postali su dostupni svim crkvenim sucima kao alternativa akuzatornom postupku. Vidi Winfried Trusen, *Von den Anfängen des Inquisitionsprozesses zum*

mogućnosti obrane osobe protiv koje su ti formalni postupci bili pokrenuti bile su usporedive s onima dostupnim okrivljeniku u akuzatornom postupku. Tako je, primjerice, sudac morao obavijestiti *inquisitusa* o optužbama protiv njega (sada formuliranima od samog suca) i izvijestiti ga o inkriminirajućim svjedočenjima prikupljenima u istrazi. Iako je teret dokazivanja sada bio na sucu, strogi standard o dostatnosti dokaza ostao je neizmijenjen.

Treći tip kaznenog postupka (*processus per denunciationem*) također je kompenzirao oskudicu privatnih tužitelja. On se razvio iz crkvenih disciplinskih predmeta koji su mogli dovesti isključivo do izricanja novčanih kazni ili blagih „terapijskih“ kazni.⁷ Postupak je započinjao s kaznenom prijavom (*denunciatio*) osobe koja nije bila voljna preuzeti terete i rizike povezane s privatnim progonom. Nakon prijavljivanja kaznenog djela, od podnositelja se zahtijevalo samo da dokaže glasinu o njegovu počinjenju (*mala fama*), a ne i da je kazneno djelo uistinu počinjeno. Potonje je bila zadaća suca koji ju je ubrzo počeo ispunjavati na inkvizitorni način, tako da se ovaj treći tip crkvenog postupanja od inkvizitornog postupka razlikovao samo utoliko što je morao biti pokrenut od neke osobe sa strane, a ne od samog suca.

Od tih triju tipova, crkveni su pravници veličali akuzatorni postupak kao redovni oblik kaznenog pravosuđa (*forma processus ordinaria*) i teorijske debate koje su se ticale proceduralnih problema vrtile su se oko tog oblika kao svoje pozadine. Inkvizitorni način smatrao se inferiornim oblikom namijenjenim za iznimne situacije. Od početaka ga je trebalo braniti od pravnika koji su prigovarali da inkvizitorni sudac djeluje i kao presuđivač i kao tužitelj. Pravilan sudski postupak, isticali su, zahtijeva tri sudionika – suca, tužitelja i okrivljenika. Kako bi odbili te kritike, zagovornici inkvizitornog načina razvili su fikciju da je glasinu o kaznenom djelu – koju je inkvizitorni sudac morao utvrditi prije formalnog započinjanja istrage – jednaka „glasu“ nedostajućeg tužitelja.⁸ Iako je po praktičnoj važnosti brzo zasjenio svog akuzatornog dvojnika, novi način istrage i dalje se tretirao kao odstupanje od redovnog postupka. Neko vrijeme on čak nije mogao dovesti do izricanja najtežih kazni. Ni sudska tortura nije bila priznata kao legitiman instrument za dobivanje priznanja.

Verfahren bei der Inquisitio Haereticae Pravitatis, u DIE ANFANGE DER INQUISITION IN MITTELALTER, 39.-76. (Peter Segl ed., 1993.).

⁷ Izvorna svrha nije bila dovesti do kažnjavanja počinitelja, već izazvati u njima kajanje. Vidi PAUL HINSCHIUS, SYSTEM DES KATOLISCHEN KIRCHENRECHTS, Vol. 5, str. 356. (Berlin, 1893.).

⁸ Glavni izvori inicijalnih apologija za novi postupak istrage prikupljeni su u: F.A. BIENER, BEITRÄGE ZUR GESCHICHTE DES INQUISITIONSPROZESSES, 45.-46. (Leipzig, 1827.). Biblijska potpora potrebe za optužbom bilo je Isusovo odbijanje da osudi ženu uhvaćenu u preljubu jer nitko nije htio istupiti kao tužitelj (ili „osuđivač“). Ivan, 8:3-11. Čak i papa Inocent III., koji je uveo inkvizitorni postupak u crkveno kazneno pravosuđe, bio je primoran koristiti se u tekstu navedenom fikcijom.

No prijetnja od heretičkih pokreta za crkvenu ortodokosiju dovela je ubrzo do odstupanja od izvornog oblika inkvizitornog postupka, koji je sadržavao mnogo posuđenica iz akuzatornog postupka. U atmosferi stvorenoj prijetnjom hereze te su se posuđenice počele smatrati preprekama ili proceduralnim detaljima koji su sprječavali efikasan progon heretika. Sredinom trinaestog stoljeća, kao odgovor na tu prijetnju, razvila se skraćena inačica inkvizitornog postupka (*inquisitio hereticae pravitatis*) u kojoj su pravila u korist okrivljenika uvenula kao cvijeće zahvaćeno ranim mrazom. Najistaknutija novina bila je prihvaćanje torture kao legitimnog procesnog instituta.⁹ Dogodila su se i druga odstupanja od izvornog inkvizitornog postupka. Primjerice, osobama osumnjičenima za herezu nisu se otkrivala imena inkriminirajućih svjedoka, a nije im bilo dopušteno ni ulagati žalbu. Osumnjičenici su mogli biti osuđeni temeljem „jake sumnje“, a ne na temelju zahtjevnog rimsko-kanonskog standarda o dostatnosti dokaza.

Nije dugo trebalo prije nego je ta skraćena inačica počela kontaminirati standardne oblike crkvenog inkvizitornog postupka. Tako, sudska tortura postaje legitimna u progonu za sva teška kaznena djela, iako ograničena nešto manje okrutnim režimom primjene. Kao dio redovite istrage najtežih kaznenih djela prihvaćeno je i nekoliko načela koja su trebala omogućiti brzu osudu osoba osumnjičenih za herezu. Odstupanje od standardnog uređenja postupka u slučajevima hereze najavilo je prihvaćanje ideje da redovito postupovno uređenje može biti napušteno u „dobre svrhe“.

Prevlast inkvizitornog postupka u svjetovnom kaznenom pravosuđu. Sa svojim potencijalom lakog zanemarivanja standardnih oblika pravosuđa, inkvizitorni crkveni postupak postao je inspiracijom za svjetovno kazneno pravosuđe za vrijeme *ancien régimea*. Međutim, treba imati na umu da su postojale značajne regionalne razlike i odstupanja od tog postupka diljem kontinenta sve do pada starog poretka. Te se razlike ne odnose samo na proceduralne sitnice, nego i na važna pitanja - poput dostupnosti branitelja u prvostupanjskim postupcima, iznimaka od torture, vrsta presude i pitanja mora li okrivljenik prisegnuti da će iskazivati istinu.

Na početku, sjetit ćemo se da je *processus per denunciationem* tražio da osoba koja je prijavila kazneno djelo dokaže javnu glasinu (*mala fama* ili *diffamatio*) o njegovu počinjenju. Nakon toga sudac je dalje samostalno istraživao je li kazneno djelo uistinu počinjeno i, ako jest, tko je njegov počinitelj. Postupno, međutim, od osobe koja je podnijela izvještaj prestalo se zahtijevati da dokazuje glasinu o kaznenom djelu: samo podnošenje njegove prijave omogućivalo je sucu da pokrene inkvizitorni postupak. Na taj način

⁹ Tortura je uvedena u crkvene postupke 1252. bulom pape Inocenta IV. Detaljnije vidi VLADIMIR BAYER, UGOVOR S ĐAVLOM: PROCESI PROTIV ČAROBNIJAKA U EVROPI I NAPOSE U HRVATSKOJ, III. izdanje, Informator, Zagreb, 1982., str. 73. i 78.

denunciatio je pretvoren u prijavu o kaznenom djelu, a javni službenici – napose oni ovlašteni za naplatu fiskalnih prihoda iz osuđujućih presuda – preuzeli su zadatak progona kaznenih aktivnosti. Izvorna procesna trojka nestala je i preostala je samo suprotnost između akuzatornog i inkvizitornog načina postupanja. Potonji je pokretao ili sam sudac, ili se pokretao na inicijativu javnog službenika.¹⁰

Odnos između tih dvaju tipova postupka nije bio jednak u svim kontinentalnim jurisdikcijama. U talijanskim zemljama, primjerice, praktični značaj inkvizitornog modela doveo je do otvorenog uklanjanja akuzatornog postupka s njegove uzvišene pozicije u teoriji. Prvenstvo inkvizitornog modela očitovalo se, primjerice, u pravilu da je, kada se utvrdilo da postoje preduvjeti za službenu istragu, sudac bio dužan pokrenuti inkvizitorni postupak – čak i ako je akuzatorni postupak za isto kazneno djelo bio u tijeku. Posljedično, za isti kriminalni događaj bila su moguća dva paralelna postupka.

U njemačkim zemljama, s druge strane, akuzatorni je postupak zadržao svoj teorijski primat mnogo duže. Ako je već bio u tijeku, službena istraga istog kaznenog djela nije mogla biti pokrenuta. Ipak, ako je privatni tužitelj odustao od optužbe ili nije mogao potpuno dokazati krivnju okrivljenika, moglo je doći do prijelaza u inkvizitorni model. U slučajevima poteškoća s dokazivanjem, taj prijelaz bio je automatski.¹¹ Unatoč postojanju takvih pravila, ceremonijalno klanjanje akuzatornom postupku kao redovnom nastavljeno je dugo vremena.¹² Njemačke su ga zemlje počele ukidati odnosno ograničavati njegovu primjenu na blaže prekršaje tek u osamnaestom stoljeću, pri čemu su tek u manjem broju jurisdikcija apsolutističke birokracije bile jake i dovoljno odlučne da u cijelosti istisnu staru formu privatnog progona. Sve u svemu, prepoznat kao optimalan ili ne, inkvizitorni tip postupka ostao je dominantan oblik kontinentalnog kaznenog pravosuđa sve do kraja starog poretka.

Uspon jamstava obrane. Kako je već naznačeno, inkvizitorni postupak dopuštao je stanovita fleksibilna odstupanja od standardnih formi. Isprva primjenjivana u progonu heretika, ta su se odstupanja brzo proširila na progon „teških“ kaznenih djela (*delicta atrocita*) kao i kaznenih djela teških za dokazivanje (*delicta difficilis probationis*). Sukladno pravnoj maksimi koja

¹⁰ Za detalje vidi ETTORE DEZZA, *ACCUSA E INQUISIZIONE*, 52. (1989.).

¹¹ Za prikaz razlika u talijanskom i njemačkom pristupu u šesnaestom i sedamnaestom stoljeću vidi Benedict Carpoz, *supra* bilj. 3, Pars III, qu. 107, nos. 37, 38, 52 i 59.

¹² Radnje u akuzatornom postupku, kako je Carpoz zapisao tek u sedamnaestom stoljeću, jesu *secundum juris ordinem*, dok su one u inkvizitornom modelu *juris ordine non servato*, Carpoz, id, qu. 103, n. 21. Čak je i u devetnaestom stoljeću u germanskim zemljama moguće naići na stajališta teoretičara o tome kako je akuzatoran tip kaznenog postupka optimalan te da je postupanje na inkvizitorni način prikladno samo onda kada nijedan tužitelj ne istupi podignuti optužbu. Vidi ANSELM FEUERBACH, *LEHRBUCH DES GEMEINEN IN DEUTSCHLAND GULTIGEN PEINLICHEN RECHTS*, 464. (Giessen, 1836.).

se najvjerojatnije pojavila negdje u trinaestom stoljeću, suci su mogli u „dobre svrhe“ „postupati jednostavno i otvoreno, potaknuti isključivo potragom za istinom, bez žamora odvjetnika i redovitih pravila postupka.“¹³ Takav elastičan stav izazvao je zabrinutost u pravnim krugovima oko granica zanemarivanja standardnih oblika postupka. Mogu li svi oni biti stavljani na stranu? Je li sve postupovno pravo ovisno o volji vladajućih? Potaknuto tom zabrinutošću, sredinom trinaestog stoljeća počelo se ukorjenjivati mišljenje kako nisu svi dijelovi standardnog proceduralnog uređenja zamjenjivi. Neki dijelovi (*figurae*) postupka postali su bitni za pravosudni poredak jer su propisani prirodnim pravom, međunarodnim pravom ili čak božjim pravom. Suci i politička vlast ne mogu njima raspolagati. Ostalo je kontroverzno, međutim, pitanje koja specifična rješenja pripadaju osnovama pravednog sudskog poretka (*substantialia ordinis judicialis*) i zahtijevaju li ih svi izvori koji nadilaze pozitivno pravo.

O toj temi iznosile su se različite ideje. Za neke se procesne osnove govorilo da se tiču formalnosti od malog interesa. Druge su se ticale načela razvijenih od teoretičara na podlozi akuzatornog postupka, a na podlozi njegova praktički prevladavajućeg inkvizitornog suparnika. Istaknute među njima bile su (različito sročene) maksime nalik našoj pretpostavci nedužnosti, kao i maksima koja upućuje na naš privilegij od samooptuživanja.¹⁴ Ipak, protkane iznimkama, obje su maksime imale malo praktično značenje u okviru akuzatornog kaznenog postupka, a bile su nepomirljive s inkvizitornim postupkom. Privilegij od samooptuživanja, primjerice, nije se mogao uklopiti u sustav gdje se od *inquisitusa* moglo zahtijevati da prisegne da će govoriti istinu ili ga se moglo kazniti ako je odbio odgovoriti na postavljena pitanja.¹⁵ Ni pretpostavka nedužnosti nije se mogla pomiriti s mnogim oblicima svjetovnih inkvizitornih postupaka u kojima odsustvo pravno dostatnih dokaza nije nužno dovelo do oslobođanja, kako bi pretpostavka zahtijevala, već je moglo dovesti do blažeg kažnjavanja (*poena extraordinaria*) ili do različitih međupresuda

¹³ ...*simpliciter et de plano, sola facti veritate inspecta, et absque strepitu advocatorum et figura iudicii*. Fleksibilnost postupanja bila je također svojstvena manjim građanskopravnim stvarima.

¹⁴ Za rane srodnike našeg privilegija od samooptuživanja vidi R.H. Helmholz, *The privilege and the Ius Commune*, u *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*, 26.-32. (R.H. Helmholz et al., eds., 1997.). Za razvoj maksime koja upućuje na pretpostavku nedužnosti vidi Richard Fraher, *Ut nullus describatur reus prius quam convincitur*, u *PROCEEDINGS OF THE 16th INTERNATIONAL CONGRESS OF MEDIEVAL CANON LAW*, 493.-506. (1985.).

¹⁵ Taj oblik disciplinskog kažnjavanja u starijim se izvorima nazivao torturom za izvlačenje odgovora (*tortura ad extorquendum responsionem*). Vidi Carpzov, *supra* bilj. 3, pars III, qu. 113, nos. 56 i 57. To kažnjavanje ne bi se trebalo miješati s torturom za dobivanje priznanja (*tortura ad eruendam veritatem*), koju je sud mogao odrediti, kao što ćemo uskoro vidjeti, tek nakon prikupljanja dovoljne količine inkriminirajućih dokaza.

između osude i oslobađanja.¹⁶ Odvojene od operativnih pravila pravosuđa *ancien régime*, te krezube maksime bile su bez praktičnog značenja te ćemo njihov status ostaviti neispitanim. Kako smo uvodno naznačili, središte naše pažnje ostat će na tvrdnji da prirodno i božansko pravo zahtijevaju da se okrivljenika u kaznenim predmetima pravilno pozove na sud (*citatio*) i da mu se pruži prilika da se brani (*defensio*). Samo ta tvrdnja pruža dobar uvid u staro kontinentalno razumijevanje pravičnog postupka.

II. RUDIMENTARNO RAZUMIJEVANJE PRAVIČNOG POSTUPKA

Početak četrnaestog stoljeća shvaćanje da se *citatio-defensio* temelji na prirodnom pravu prihvaćeno je u dvije konstitucije pape Clementa V. Jedna od njih proklamirala je da pozivanje na sud i prilika za iznošenje obrane čine bitne elemente pravosudnog poretka,¹⁷ a druga je pružila temelj za tvrdnju da bi odluke donesene zanemarivanjem bitnih elemenata čiju primjenu nalaže prirodno pravo bile nevaljane te da njihova nevaljanost veže i vladare koji posjeduju „apsolutni autoritet“.¹⁸ Tijekom četrnaestog stoljeća ta su primjera papinske legislative bila predmetom rasprava kanonskih i svjetovnih pravnika te je u konačnici općenito prihvaćeno da oba prirodno-pravna zahtjeva pripadaju biti pravosudnog poretka.

Sastavnice pojma *citatio-defensio*. Zahtjevu da se okrivljenike propisno pozove na sud pružena je teološka potpora u biblijskim odlomcima. Nije li sam Bog poštovao taj zahtjev pozivajući Adama pitanjem „gdje si“ prije nego ga je protjerao iz raja?¹⁹ Ulomak iz Justinijanove kodifikacije također je podržavao taj zahtjev.²⁰ Stoga su stvorena detaljna pravila o sredstvima za dostavu

¹⁶ Jedna takva presuda bila je u njemačkim zemljama *absolutio ab instantia*, odluka koja je implicirala da je okrivljenik i dalje pod sumnjom, može ga se nadzirati, kao i poduzeti progon protiv njega čim postanu dostupni novi dokazi. Francuski suci otišli su najdalje u donošenju različitih međupresuda. Vidi BERNARD SCHNAPPER, VOIS NOUVELLES EN HISTOIRE DU DROIT: LA JUSTICE, LA FAMILLE, LA REPRESSION PENALE, 69., 87. (1991.).

¹⁷ *Saepe contingit*, Clem. 5.11.2.

¹⁸ *Pastoralis cura*, Clem. 2.12.2. Za analizu tih dviju konstitucija i njihovu vezu sa sukobom između cara Henrika VII. i kralja Roberta Anžuvina vidi Keeneth Pennington, *supra* bilj. 1, 165.-191. Vidi također Daniel Williman, Summary Justice in Avignonese Camera, PROCEEDINGS OF THE 16th CONGRESS OF MEDIEVAL CANON LAW, 437.-449. (Stephen Kuttner & Kenneth Pennington eds., 1985.).

¹⁹ Isticalo se također da je Bog poslao anđele Sodomitima prije nego ih je kaznio (*dominus misit angelos ad Sodomitas ut eos presentes condemnaret*). Vidi *Magistri Tancredi de Criminibus Summula et Questiones*, u BULLETIN OF MEDIEVAL CANON LAW, NEW SERIES, Vol. 9, no 165, str. 34 (1979.).

²⁰ *Quod omnes tangit*. Codex 5. 59. 52.

sudskih poziva. Čak i formalno besprijekoran *citatio* smatrao se nevaljanim, primjerice, ako je sudac znao da okrivljenik nije u mogućnosti pojaviti se pred sudom. Također, iskazi svjedoka prikupljeni prije dostave poziva morali su se ponoviti. U nekim jurisdikcijama ponavljanje se trebalo održati u prisutnosti okrivljenika, kako bi moglo izazvati suočenje između njega i svjedoka koji iskazuje.²¹ Također je važna i posljedica izostanka zahtjeva *citatio*. Nijedna osuda nije bila valjana – čak ni u potpuno jasnim slučajevima – ako nije proizašla iz formalnog postupka započetog tako da se prvo pozvalo okrivljenika.

Usko povezan s nužnošću poziva, i ponekad uključen u njega, bio je zahtjev da se okrivljenicima pruži mogućnost da se sami brane (*defensio*). Kao i *citatio*, neki su pravnici taj zahtjev izvodili iz božanskog prava. Najčešće je, međutim, taj zahtjev povezan sa samoobranom i pripisivan pravilima prirodnog prava. Još u sedamnaestom stoljeću, izreka kasnosrednjovjekovnih pravnika da se „obrana ne može uskratiti zvijeri, mnogo manje čovjeku, pa čak ni samome vragu,“ i dalje je bila na usnama njihovih kontinentalnih sljednika.²² Ali ključno pitanje o tome što zapravo *defensio* u praksi zahtijeva ostalo je neriješeno – napose u pogledu ograničenja mogućnosti obrane u procesuiranju najtežih kaznenih djela. To je vrijedilo ne samo diljem kontinentalnih država nego i pred sudovima u okviru jedne jurisdikcije.

Za naše potrebe dostatno je razmotriti sastavnice pojma *defensio* kako su ga razumjeli pravni autoriteti u talijanskim i njemačkim zemljama.²³ Tamo je tzv. posebna istraga (*inquisitio specialis*) bila podijeljena na „ofenzivan“ i „defenzivan“ dio. Potonji je bio predviđen za ispitivanje oslobađajućih i olakotnih dokaza, iako je okrivljeniku bilo dopušteno iznositi tvrdnje u svoju obranu i u „ofenzivnom“ dijelu istrage posvećenom prikupljanju

²¹ Vidi J. PH. LEVY, LA HIERARCHIE DES PREUVES DANS LE DROIT SAVAN DU MOYEN AGE, 71 (1939.). Bilo je, međutim, otvoreno je li suočenje sa svjedocima, iako često primjenjivano u praksi, nužna pretpostavka inkvizitornog postupka. Neki su pravni autoriteti smatrali da nije. Vidi npr. Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 114, nos 74 i 75. Farinacci je, naprotiv, držao da svjedok mora biti ispitan *in faciem rei* te da je bez tog uvjeta njegovo svjedočenje nevaljano. Vidi PROSPERI FARINACII CONSILIA SIVE RESPONSA ATQUE DECISIONES CAUSARUM CRIMINALIUM, EDITIO POSTREMA, consilium 155, no. 21 (Cardon, Lungundi 1610.). Na drugom mjestu predvidio je mnoge iznimke od ovog strogog pravila. Vidi PROSPERO FARINACCI, TRACTATUS INTEGER DE TESTIBUS, tit. 8, qu. 72, n. 140 (Schwänder, Osnabrughi, 1677.).

²² Benedict Carpov bio je jedan od njih. Vidi Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 115, no 1. (*Certius est defensionem esse iuris naturalis, adeo ut ne bestiis quidem nedum humani, imo nec Diaboli auferri debeat*).

²³ Prikaz koji slijedi temelji se na raspravi o *remedium Defensionis* Benedicta Carpova iz sedamnaestog stoljeća. Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 115. Za represivniji francuski sustav vidi JOHN LANGBEIN, PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE, 223.-248. (1974.), i ALDEMAR ESMAN, A HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL PROCEDURE, 165.-250. (1913.).

inkriminirajućeg materijala. Po završetku „ofenzivnog dijela“, sudac je bio dužan razotkriti okrivljeniku imena inkriminirajućih svjedoka kao i sadržaj onoga što su rekli. U nekim je jurisdikcijama okrivljenik imao pravo razgledati spis predmeta ili čak dobiti kopije inkriminirajućih iskaza.²⁴ Zahtjev da se okrivljenika upozna s inkriminirajućim dokazima bio je jedan od onih pravila pripisvanih pojmu *defensio* za koje je postojao rasprostranjen konsenzus da su se razvila iz nepromjenjivog prirodnog prava i da su bila nužna za smislenu obranu. Neki su autoriteti to pravilo pripisivali i božanskom pravu.²⁵ Propust da se okrivljenika obavijesti o inkriminirajućem materijalu sankcionirao se ništavošću proizašle osude.²⁶

Također je bilo prihvaćeno da prirodno pravo dopušta odvjetnicima (*advocati*) da pomažu okrivljenicima čak i u istragama za najteža kaznena djela. Međutim, bila su im nametnuta mnogobrojna ograničenja. Primjerice, nije im bilo dopušteno da prisustvuju ispitivanju svjedoka i okrivljenika niti su bili ovlašteni odgovarati na istražiteljeva pitanja umjesto okrivljenika. Također, samo je „poštenim, časnim i učenim ljudima“ bilo dopušteno da nastupaju kao branitelji u kaznenopravnim stvarima.²⁷ No usprkos tim ograničenjima, spretniji su odvjetnici mogli ponekad pomoći onom malom broju okrivljenika koji su si ih mogli priuštiti. Jedino su kod progona čarobnjaštva i hereze ograničenja braniteljevih aktivnosti učinila iluzornom učinkovitu pomoć okrivljenicima.²⁸ Povremene zabrane braniteljeve pomoći pojavile su se tek u drugom dijelu osamnaestog stoljeća, ograničene na one jurisdikcije koje su ukinule sudsku torturu, ali su zadržale strogi rimsko-kanonski standard dokazivanja.²⁹ Također je postojao konsenzus da *defensio* traži labavljenje zahtjevnih pravila dokazivanja pri dokazivanju oslobađajućih činjenica. Stoga, primjerice, mnoga pravila o nevaljanosti nisu se primjenjivala na svjedoke koji su iskazivali u korist okrivljenika, a iskaz jednog svjedoka očevica mogao je biti dovoljan da se utvrde oslobađajuće činjenice. Nekad je čak i neprisegnuto svjedočenje bilo dopušteno ako je pogodovalo okrivljeniku.³⁰

²⁴ Vidi PROSPERI FARINACII RESPONSORUM CRIMINALIUM LIBER SECUNDUS, Consilium 156, no. 2, (Ciaconi, Romae, 1614.)

²⁵ Farinacci, id, *consilium* 156, br. 23 and 47.

²⁶ Farinacci, id, br. 24.

²⁷ Isključeni su bili oni „koji stvaraju pomutnju, koji su glasni umjesto elokventni ili čija aktivnost odugovlači umjesto da ubrza napredak stvari“. Vidi Carpzov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 115, no. 93. Za daljnja ograničenja, vidi qu. 115, nos. 94-97.

²⁸ Za prikaz tih ograničenja u priručniku za čarobnjaštvo karakteriziranom gorućom okrutnošću vidi HENRICUS INSTITUTORIS & JACOBUS SPRENGER, MALLEUS MALLEFICARUM, Vol. 1, pars III, qu. 10 (2006., Christopher Mackay ed.); u hrvatskoj literaturi vidi BAYER, *supra* bilješka 9, str. 147. i 160.-166.

²⁹ Vidi, npr. CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA, paragraf 9 (1768.).

³⁰ Carpzov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 115, br. 74 i 75.

Na završetku „defenzivnog“ dijela istrage pojavilo se jedno pitanje od praktične važnosti kod procesuiranja kaznenih djela zaprijećenih smrtnom kaznom, a u pojedinim jurisdikcijama i kod delikata zaprijećenih teškim tjelesnim kaznama, kao što je bilo sakaćenje. Bila je riječ o pitanju mogu li se kazne izreći na temelju manjeg od rimsko-kanonskog „potpunog dokaza“ – to jest manjeg od suglasnog svjedočenja dvaju bespriječnih svjedoka ili priznanja okrivljene osobe na sudu. Taj dokazni standard bio je, naravno, prestrog da bi bio izvediv: dok su u završnoj fazi istrage inkriminirajući dokazi često bili jaki, okrivljenikovo priznanje i suglasni iskazi dvaju pouzdanih svjedoka bili su rijetko dostupni. No kako su rimsko pravo i biblijski izvori dali tom standardu velik autoritet, njegovo napuštanje nije bilo nimalo lako. Ne čudi, stoga, da je proizašla dvojba različito razriješena u različitim jurisdikcijama i u različitim razdobljima povijesti *ancien régimea*. Što je sudac trebao učiniti u onim jurisdikcijama koje su inzistirale na poštovanju standarda potpunog dokaza?³¹ Je li trebao pustiti na slobodu okrivljenika kada su postojali snažni dokazi o njegovu kaznenom djelu, ali ipak nedostatni za potpuni dokaz? Pitanje je poprimalo posebnu težinu kada su pravno nedostatni dokazi bili tako snažni da su uvjerali suca u okrivljenikovu krivnju. Jedno rješenje bilo je tada osuditi okrivljenika na novčanu kaznu, progon iz zemlje ili veslanje na galijama ili kakvu drugu „izvanrednu kaznu“ za koju se zahtjevni standard o dostatnosti dokaza nije primjenjivao. Ali to rješenje nije uvijek zadovoljavalo tadašnje punitivne nagone: želja za izricanjem smrtne kazne za brojna kaznena djela ostala je nesmanjena do kraja osamnaestog stoljeća, a novčane kazne nisu se još smatrale pravim kaznenim sankcijama.³² Uvođenje sudske torture riješilo je dvojbu: nakon završetka istrage za najteža kaznena djela sudac je

³¹ To je bio slučaj u njemačkoj jurisdikciji nakon Kaznene ordonanse cara Charlesa V. (1532.). Vidi CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA, članci 22., 65., 67. i 69. O postojanosti tog gledišta u Njemačkoj u sedamnaestom stoljeću svjedoči Carpov. Vidi *supra* bilješka 3, pars III, qu. 116 no 49. (*Crimine non plene probato, ad mortis poenam deveniri nequid*). Vidi također JOHAN CHRISTOPH FROLICH, NEMESIS ROMANO: AUSTRIACO: TYROLIENSIS, Buch 4, tit. 14, nos. 1-9 (Wagner, Innsprug, 1696.). Neki su francuski i talijanski autoriteti također inzistirali na potpunom dokazu kao pretpostavci za izricanje smrtne kazne. Jean Bodin bio je u zabludi spominjući potpunu suprotnost talijanske i francuske doktrine. On je pogrešno vjerovao da su sve talijanske vlasti slijedile Alberta Gandina u protivljenju izricanja smrtne kazne s manje od potpunog dokaza. Vidi JEAN BODIN, DE LA DEMONOMANIE DES SORCIERS, 224. (Paris, 1578.). U nekim talijanskim zemljama u šesnaestom stoljeću samo su najviše sudske vlasti mogle osuditi okrivljenika na smrt s manje od potpunog dokaza. Obični suci nisu imali tu ovlast.

³² Za Carpova samo se tjelesno kažnjavanje moglo smatrati kao *poenae criminales*. Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 102, no. 60. U habsburškim zemljama ideja da bi kažnjavanje u kaznenim predmetima trebalo uključivati nanošenje fizičke boli opstalo je do sljedećeg stoljeća, a bičevanje je ukinuto tek sredinom devetnaestog stoljeća. Vidi Mirjan Damaška, *The Death of Legal torture*, 87, Yale L.J., 868., n. 16 (1978.).

bio ovlašten odlučivati opravdavaju li inkriminirajući dokazi, iako pravno nedostatni za osudu, pokušaje iznude priznanja od okrivljenika „bolnim ispitivanjem“. Ali čak i u onim jurisdikcijama gdje se mogla izreći smrtna kazna i teška tjelesna kazna na temelju uvjerljivih dokaza, ali nedovoljnih za potpuni dokaz, okrivljenikovo priznanje pred sudom bilo je prestižni dokazni dodatak.³³

Pitanje koji dokazi dostaju za donošenje legitimne odluke o torturi zauzelo je neminovno veliku važnost, posebice zato što su prisilna priznanja pribavljena na temelju nedostatnih dokaza trebala biti ništava. Argumenti branitelja imali su tendenciju koncentriranja na taj problem i upravo su na tom temelju neki od njih uspijevali spasiti svoje klijente od mučenja.³⁴ Svoje argumente pojačavali su apeliranjem na pravičan procesni poredak i transcendentno prirodno pravo, što je podrazumijevalo, kako je već naznačeno, da zemaljski vladari ne smiju odbaciti zahtjev da tortura bude određena na temelju pravno dostatnih inkriminirajućih dokaza.

Zazivanje pravičnosti u uređenju – ali ne i odbacivanju – torture zahtijeva da skrenemo u digresiju. S naše točke gledišta, tortura je ekstremni postupak koji čini da pravičnost i ljudsko dostojanstvo skliznu s čovjeka poput trulih dronjaka. Iz tog razloga čini nam se nemogućim pomiriti zahtjeve proceduralne pravičnosti s prihvaćanjem torture kao dopustivog sudskog instrumenta: to se dvoje međusobno isključuje, i termin „pravična tortura“ za nas je danas oksimoron. Kasnosrednjovjekovni, a čak i rani moderni kontinentalni pravници, međutim, nisu tako mislili. Jaz između nas i njih zjapi nam pod nogama. Istina je da su smatrali torturu nečovječnom. „Ništa nije tako okrutno i nečovječno,“ isticao je Carpzov u sedamnaestom stoljeću, „kao torturom unakaziti ljude stvorene na sliku Božju.“³⁵ No, nerealno visoke dokazne barijere podignute

³³ Nekolicina utjecajnih talijanskih pravnikâ – uključujući i velike autoritete iz četrnaestog stoljeća Baldusa de Ubaldisa i Bartolusa de Saxoferrato – zauzelo je stajalište da su „nedvojbene indicije“ dostatne za smrtnu kaznu. Međutim, čak je i za njih okrivljenikovo sudsko priznanje ostalo „kraljica dokaza“. U njegovu odsustvu, pozivali su na umjerenost, predlažući da sudac koji je prikupio nedvojbene indicije, ili najsnažnije pretpostavke krivnje, razmotri blažu kaznu od smrtno. Za primjer tog opreznog stava vidi Farinacci, *Consilia*, supra, br. 21, *consilium* 82, br. 3. o *longa doctorum altercatio* koja se tiče potrebe potpunog dokaza kao preduvjeta izricanja *poenae ordinariae*. Vidi komentar konzilija 82 autora Famiusa Centolinusa. U tom *altercatio* mogu se nazrijeti vjesnici naših modernih pogleda o postupanju s dokazima.

³⁴ Vidi upečatljivu knjigu njemačkog odvjetnika iz sedamnaestog stoljeća JACOBUSA BOURICIUSA, *CAPTIVUS SIVE ENCHIRIDION DEFENSIONUM SENECA* (Luderfeld, Lipsae, 1685.). Proučavajući Farinaccijevo stručno mišljenje, ubrzo ćemo imati više reči o različitim stajalištima o dokazima potrebnima za legitimnu odluku o torturi.

³⁵ *Nihil tam crudele et inhumanum esse quam hominem ad imaginem Dei constitutum tormentis laecare*. Carpzov, supra bilješka 3, pars III, qu. 117, no. 3. U neočekivanom poetskom trenutku, usporedio je štetu nanесenu mučenom nedužnom okrivljeniku s „izgubljenom nevinošću“. Id na br. 4. A u *consilium* podnesenom „*genueflectus*“ papi Clementu VIII. na njegov

protiv osude teškog kriminala dovele su mnoge do zaključka da je ta okrutna metoda pribavljanja dokaza nužna za suzbijanje nedjela koja su najviše prijetila uspostavljenom društvenom poretku. Snižavanje dokaznih barijera kao alternativa za njih nije dolazila u obzir, budući da su te barijere nametnuli visokopoštovani autoriteti. Ono što se stoga činilo vrijednim truda bilo je regulirati uporabu torture na način koji bi najmanje vrijeđao tada prevladavajuće razumijevanje pravičnosti.³⁶ U duhu retrospektivne empatije vrijedi zapitati se kakve bi smicalice naša vlastita tijela kaznenog progona smislila kada bi bila prisiljena pridržavati se slično strogog zahtjeva o dokazima za osudu onoga što sada smatramo najopasnijim kriminalitetom. U tamnom staklu prošlosti zrcale se neki aspekti nas samih.

Moramo primijetiti da se u kasnom srednjem vijeku i ranim modernim vremenima tortura činila manje odbojnom nego što je danas. Bilo je to ne samo zato što je tolerancija na bol tada vjerojatno bila veća, tako da se njezino nanošenje moglo činiti nešto manje okrutnim. Važniji je drugi razlog. Većim dijelom vladavine *ancien régime*a religija je ležala blizu površine društvenih institucija, a kako je zločin bio usko povezan sa smrtnim grijehom, tako je i priznanje bilo s pokajanjem. „Priznanje je“, napisao jedan pravni autoritet šesnaestog stoljeća sklon slikovitom izražavanju, „spasitelj duše je i uništavač poroka, obnovitelj vrlina i čistač demona.“³⁷ Doista, s obzirom na uvjerenje da je priznanje moglo spasiti okrivljenika od vječnih muka, činjenica njegova privremenog uranjanja u odrješujuće more boli izgubila je nešto od svoje odvratne prirode. Kako je strah od pakla u to vrijeme bio snažan i sveprisutan, naše svjetovno doba pogriješilo bi odbacivanjem tog argumenta. Priznanje je također bilo korisno u ublažavanju religijom inspirirane tjeskobe koja bi mnogi suci iskusili pri izricanju smrtnih kazni na temelju indicija čiju su dostatnost oni sami utvrdili: ako bi pogriješili u izvršavanju svojih smrtonosnih ovlasti, bojali su se da bi mogli „osuditi svoje duše za vječnost“.³⁸ Priznanje ponovljeno nakon torture ublažavalo je tu tjeskobu: moglo se shvatiti kao okrivljenikov doprinos i suradnja u smrtonosnom ishodu postupka – možda

zahtjev, Farinacci je okarakterizirao „nečovječnim“ uskraćivanje osnovnih obrana u kaznenim predmetima, supra bilješka 24, consilium 103, br. 2.

³⁶ Ipak, strogi rimsko-kanonski standard dostatnosti dokaza za teška kaznena djela nije jedini razlog zašto je tortura postala prihvatljiva u kaznenom postupku starog poretka. Uporaba torture neovisno o zahtjevnom dokaznom standardu razmatrana je u: Damaška, *supra* bilješka 32, at 873.-74.

³⁷ JOSSE DAMHOUDER, *SENTENTIAE SELECTE PERTINENTES AD MATERIAM PRAXIOUS RERUM CRIMINALIUM*, 27. (Antwerpen, 1601.). O važnosti spašavanja duša vidi također JOHANNUS KITONICH, *DIRECTIO METHODICA PROCESSUS IUDICIARII JURIS CONSTITUDINARIJ INCLITY REGNI HUNGARIAE*, Cap. 6, qu. 10 (Viennae, 1634.).

³⁸ *Arbitrum damnet animam tuam in perpetuum*. Vidi PROSPERO FARINACII, *PRAXIS ET THEORETICAE CRIMINALIS*, p. III, qu. 86, no. 92 (Lungduni, 1616.).

čak i kao njegovo preuzimanje odgovornosti za smrtonosni ishod. A kako smo uvodno nagovijestili, a uskoro ćemo i dokumentirati, tortura se primjenjivala uglavnom na pripadnicima niže klase za koje je društvena udaljenost oslabila osjećaje suosjećanja.

No vratimo se glavnoj liniji naše priče. Iako od velike važnosti, pitanje koji bi dokazi dostajali za podršku legitimnoj odluci o torturi ostalo je kontroverzno sve do ukidanja torture krajem osamnaestog stoljeća. Mnogo je ponoćnog ulja izgorjelo u pokušajima da se sastavi iscrpan popis pravila o toj temi, ali se to pokazalo toliko zavisnim od konteksta i okolnosti slučaja da se ispostavilo da je taj pothvat jednako uzaludan kao i pokušaji da se zgrabe oblaci. Ono što je steklo blagonaklonost kod većine autoriteta bilo je da „nedvojbene indicije“ (*indicia indubitata*) – prihvaćene na nekim sudovima kao dostatne za izricanje najtežih kazni – također dostaju za legitimnu odluku o torturi. U tom specifičnom kontekstu podrazumijevalo se da se termin *indicium* odnosio na sve vrste dokaza, izravne i posredne, različite od strogih rimsko-kanonskih potpunih dokaza. Međutim, pridjev „nedvojben“ različito se interpretirao. Djela nekih autoriteta navode da se pridjev odnosio na povjerenje suca tako da je dokaz bio „nedvojben“ ako je bio sposoban uvjeriti ga u okrivljenikovu krivnju. Prema tom „subjektivnom“ razumijevanju, podvrgavanje okrivljenika torturi bilo je legitimno, kao što je već navedeno, samo u situacijama u kojima bi ih suvremeni presuđivači bili ovlašteni osuditi.³⁹ Drugi su autoriteti preferirali definirati „nedvojbeni“ karakter indicija u objektivnim terminima ili su ostavljali nedefinirani termin sudačkoj diskreciji (*arbitrium*). U nekim se jurisdikcijama to pitanje smatralo tako kompleksnim i važnim da se od suca zahtijevalo da dostavi spis završene istrage pravnom stručnjaku, ili tijelu pravnih stručnjaka, koji bi zatim odlučili o tom pitanju.⁴⁰

Mnogi drugi aspekti torture bili su također uređeni zakonom i smatrani su bitnima za pravičan postupak. Vratit ćemo se nekima od njih poslije. Uzmimo zasad u obzir samo da je za valjanu osudu, protivno vjerovanju mnogobrojnih modernih komentatora, bilo potrebno više od ponavljanja priznanja neko vrijeme nakon „bolnog ispitivanja“. Zbog spoznaje da je tortura „osjetljiv i

³⁹ Neki znanstvenici vjeruju da je „subjektivni“ pristup težini dokaza stran duhu rimsko-kanonskog dokaznog prava. Vidi npr. Rudolf Stichweh, *Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung*, u *SUBJEKTIVIERUNG DES JUSTIZIELLEN BEWEISVERFAHREN*, 269. (A. Gordon et al., eds., 1994.). Ali teško je listati *concordia* kasnosrednjovjekovnih i ranih modernih pravnika bez dojma kako suci nisu slijepo slijedili objektivno formulirana dokazna pravila, već su većinu njih prihvaćali samo onda ako su se slagala s njihovim subjektivnim uvjerenjima. Za slično mišljenje izraženo u knjizi autoritativne erudicije vidi MATHIAS SCHMOECKEL, *HUMANITAT UND STAATSRATION*, 193. (2000.). Nekoliko primjera onoga što se činilo „subjektivističkim“ pristupom dokazima potrebnim za torturu bit će dano kasnije. Vidi *infra* bilješka 70.

⁴⁰ Za detalje vidi Fröhlich, *supra* bilješka 31, at 172.-175.

opasan“ instrument, suci su također trebali pažljivo ispitati jesu li informacije sadržane u iznuđenim izjavama sukladne neovisno dostupnim dokazima i jesu li bile vjerojatno istinite.⁴¹

Koje su sankcije bile predviđene u slučaju zanemarivanja tih pravila? Dokazi pribavljeni kršenjem svih odredbi koje su pripadale „osnovama pravosudnog poretka“ trebali su biti ništavi. Posljedica tog pravila u domeni torture bila je da su nepropisno pribavljena priznanja bila nevaljana i nisu se mogla koristiti kao potpora za osudu.⁴² Ništavost nepravilno pribavljenih priznanja nije trebala biti jedina mjera za održavanje granice između pravilno i nepravilno provedenih prisilnih ispitivanja: suci koji bi prekoračili granice dopuštenog bili su i sami podložni kažnjavanju. Namjerna prekoračenja bila su u nekim jurisdikcijama zapriječena smrtnom kaznom.⁴³

Objektivne odredbe ili subjektivna prava. U prethodnom smo odlomku razmotrili najznačajnija pravila koja su utjecala na interese obrane, ali nismo sugerirali da su ona priznavala prava okrivljenicima. Umjesto da govorimo o njihovoj *pravu* na branitelja ili njihovu pravu na razotkrivanje dokaza, govorili smo o *zahtjevu* da se okrivljenicima dopusti imati odvjetnika ili da budu obaviješteni o inkriminirajućim dokazima. Spominjanje okrivljenikovih prava izbjegavamo iz opreza, imajući na umu da bi se moglo shvatiti anakronim korištenje jezika subjektivnih prava u osvrtnu na proceduralni poredak praktički završen u visokom srednjem vijeku. Procesna pravila tada su se mogla zamisliti kao upućena sucima dodjeljujući im dužnosti, umjesto da su upućena okrivljenicima dodjeljujući im osobne zahtjeve. Drugim riječima, okrivljenike se moglo zamisliti kao puke korisnike dužnosti dodijeljenih sucima objektivnim pravilima, a ne samostalnim nositeljima subjektivnih prava. Tendencija da se preinači sve veće područje prava u snopove subjektivnih prava postaje jasno vidljiva tek u znanstvenim djelima kasnog šesnaestog stoljeća. Što se tiče tekstova pravnika koji su se bavili praktičnim problemima kaznenog postupka, malo je dokaza o toj tendenciji čak i u sedamnaestom stoljeću.

Ipak, moguće je da su jamstva uključena u *citatio-defensio* već bila smatrana osobnim ovlastima. Treba imati na umu da su mnogobrojni pravници gajili uvjerenje da i *citatio* i *defensio* proizlaze iz prirodnog prava na samoobranu.

⁴¹ *Confessioni quaestione extorta fides aliter habenda non est quam si ea veritate convenient atque probabilis sit.* Vidi Carpozov *supra* bilješka 3, pars III, qu. 126, no. 13. Izraz koji proizlazi iz Justinijanovih Digesta (48.18.1.23.) da je tortura *res fragilis et periculosa* često se ponavljao u vrijeme kasnog srednjeg vijeka u djelima o inkvizitorskom postupku.

⁴² Uskoro ćemo razmotriti važnost i opseg tog ranog pravila koje je zahtijevalo izdavanje nezakonito pribavljenih dokaza.

⁴³ Carpozov je posvetio cijeli pododjeljak svoje knjige kažnjavanju sudaca koji „neopravdano muče“. Carpozov, *supra* bilješka 3, pars III., qu. 127. Za ranije talijanske izvore o toj temi vidi HIPPOLYTUS DE MARSILIIS (1450.-1529.), CONSILIA ET SINGULARIA OMNIA, vol. 2., consilium 84, no. 11 (Lungduni, 1537.).

Doista, povjesničari su otkrili da su već kanonski pravници dvanaestog stoljeća zamišljali prirodno pravo, barem u nekim kontekstima, kao izražavanje ovlasti svojstvenih pojedincu.⁴⁴ Njihovi su pogledi bili širokorasprostranjeni u kasnosrednjovjekovnim pravnim školama. A kako je sudski postupak bio jedan od tih konteksta, moguće je da su se implikacije *citatio-defensio* također doživljavale kao „pripadajuće“ okrivljenicima. Postoje neke naznake i u glavnim pravnim izvorima koje pružaju potporu toj pretpostavci.⁴⁵ No mi ne moramo zauzeti stav o tom pitanju. Čak i ako su pravila koja su proistjecala iz *citatio-defensio* bila zamišljena kao subjektivne ovlasti, ona zasigurno nisu bila prava u našem modernom zapadnoliberalnom smislu – kao ovlasti povezane s jakim konotacijama ljudske autonomije i u biti izolirana od posljedica svog isticanja.

Okrenemo li se od pravničkih razmišljanja prema stvarnim odnosima u sudnici, smislenije je pravila koja proizlaze iz *citatio-defensio* zamišljati kao norme upućene javnim službenicima nego kao norme koje priznaju osobne ovlasti okrivljenicima. Na sudu *ancien régime*a okrivljenici sigurno ne bi daleko došli u ostvarenju koristi prepoznate u „defenzivnom“ pravilu tvrdeći da ono predstavlja njihovu subjektivnu ovlast. Za njih je zasigurno bolja taktika bila tvrditi da pravilo od suca zahtijeva određenu radnju ili propuštanje. Kao u jiu-jitsu, za njih je bilo bolje koristiti se težinom objektivne odredbe kako bi ostvarili svoje osobne interese.⁴⁶

Osvrt na Englesku. Pri vrednovanju ranih kontinentalnih koncepcija pravičnog postupka uputno je baciti kratak pogled u ogledalo starijeg engleskog kaznenog pravosuđa. Dok pouzdanu komparativnu povijest dvaju sustava tek treba napisati, čini se ispravno reći da, dok prikazi kontinentalnih kaznenih postupaka imaju tendenciju zadržati se na njihovim negativnim obilježjima, prikaz njihova engleskog pandana ima tendenciju isticati njegove pozitivne karakteristike. Za promatranje ove pomalo manihejske tendencije korisno je proučiti njezine manifestacije na nekoliko primjera.

Oni pokazuju da su u razdoblju od trinaestog do osamnaestog stoljeća engleska procesna rješenja bila u nekoliko aspekata više strana našem razumijevanju procesnih temelja i procesne pravičnosti nego istovremeni kontinentalni kazneni

⁴⁴ Sve do unatrag četrdeset godina široko se vjerovalo da se ideja subjektivnih prava razvila tek u četrnaestom stoljeću od Williama Ockhama. Vidi Michel Villey, *La genese du droit subjectif chez Guillaume d' Occam*, u *SEIZE ESSAYS DE PHILOSOPHIE DU DROIT*, 140.-77. (1969.). Nedavno su se pojavili dokazi da je ideja razvijena prije. Vidi BRIAN TIERNEY, *THE IDEA OF NATURAL RIGHTS*, 54.-69. (1997.).

⁴⁵ Neki tekstovi govore, primjerice, da obrane „pripadaju“ (*competunt*) okrivljeniku, ili da mu ih nije dopušteno „oduzimati“ (*subtrahere*). Čak se i u priručnicima o čarobnjaštvu mogu pronaći izjave da je uvreda protiv Boga „lišiti“ (*privare*) okrivljenika obrana bez važnih razloga. Vidi npr. *Malleus Maleficarum*, *supra* bilješka 27, Vol. 1., pars 3, qu. 9, str. 603.

⁴⁶ Vidi MIRJAN DAMAŠKA, *THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY*, 83. (1986.).

postupak.⁴⁷ Svijest o toj činjenici čini napredna stajališta kontinentalnih pravnika o pravičnom postupku cjenjenijima – unatoč ljagi koja potječe od sudske torture i drugih negativnih aspekata okruženja u kojem su radili.

Tendencija preuveličavanja engleskih dostignuća zrcali se već u pogledu podrijetla pravičnog postupka. Često se kaže da je *Magna Carta* kralja Ivana u trinaestom stoljeću u Engleskoj prvi put priznala pravo na pravičan postupak. Doduše, istina je da Povelja sadržava izjavu da kralj „neće ići protiv slobodnog čovjeka bez zakonite presude“ – izjavu koja se pokazala vrlo važnom u kasnijim vremenima. Ali sama izjava teško se može smatrati novinom: već u dvanaestom stoljeću mnogi utjecajni kanonski pravници pisali su da je sudski postupak pretpostavka zakonitom izricanju kazne. To stajalište zatim je službeno prihvatila Rimsko crkva na svome Četvrtom lateranskom koncilu, održanom – usput – iste one godine (1215.) kada je izdana *Magna Carta*.⁴⁸

Uzmite zatim u obzir blijeđu fresku samoinformirajuće porote. Najmanje stoljeće od njezina rođenja u trinaestom stoljeću, engleska mala porota bila je sastavljena od ljudi koji su samostalno, izvan suda, stjecali potrebno znanje: neki su mogli biti svjedoci inkriminiranog događaja, drugi su mogli provesti vlastitu istragu o njemu ili su mogli biti samo primatelji glasina koje su kružile zajednicom. Svjedočke i porotničke funkcije bile su stoga nerazmrsivo isprepletene pa su i presude počivale na privatnom znanju. To miješanje procesnih uloga odvijalo se dugo vremena.⁴⁹ Suđenja nisu uključivala iznošenje dokaza donositeljima odluka: porotnici bi jednostavno došli na sudove objaviti svoj pravorijek, a putujući kraljev sudac samo bi potvrdio njihovu odluku i izrekao kaznu. Taj način postupanja bio je stran rimsko-kanonskim sucima još od trinaestog stoljeća: i u akuzatornom i u inkvizitornom postupku bilo im je strogo zabranjeno rješavati predmete na temelju znanja koje su mogli steći izvan suda.⁵⁰ Suđenja pred samoinformirajućom porotom imaju sličnosti jedino

⁴⁷ Ako bi se netko usredotočio samo na usporedbu pravne literature koja se bavi pitanjima obrane, Engleska bi zasigurno stvorila čistu sliku: dok je kontinentalnih djela o toj temi bilo u izobilju, ona gotovo da nisu postojala preko Kanala.

⁴⁸ Treba također imati na umu da se odredbe slične onima u *Magna Carta* mogu naći u nekoliko drugih povelja o slobodama iz trinaestog stoljeća. Vidi HAROLD BERMAN, *LAW AND REVOLUTION*, 293. (1983.).

⁴⁹ U petnaestom stoljeću Fortescue je i dalje slavio porotu kao superiornu u odnosu prema kontinentalnim sucima jer su potonji rješavali predmete samo na temelju dokaza izvedenih pred sudom. Vidi JOHN FORTESCUE, *DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIAE*, Cap. 26, str. 62. (Cambridge, 1942., Chrimes ed.). Dva stoljeća poslije, Matthew Hale nastavio je braniti fuziju tih dviju funkcija. Vidi M. HALE, *THE HISTORY OF THE COMMON LAW OF ENGLAND*, 348., 353. (6. izd., London, 1820.).

⁵⁰ Vidi KNUT W. NORR, *ZUR STELLUNG DES RICHTERS IN GELEHRTEN PROZESS DER FRUHZEIT*, 30. (1967.). Teološku pozadinu ove zabrane privatnog znanja nedavno je istraživao Whitman. Vidi JAMES WHITMAN, *THE ORIGINS OF REASONABLE DOUBT*, 107.-114. (2008.).

s kontinentalnim progonima „notornih kaznenih djela“: subjekti proširenih ozbiljnih glasina o kriminalnoj aktivnosti bili su jednostavno pozivani na sud gdje bi ih sudac osudio bez ikakvog dokazivanja.⁵¹ Ali taj postupak, koji su izmislili kanonski pravници za skandalozno ponašanje klera, bio je već u trinaestom stoljeću u ozbiljnom povlačenju pred službenim inkvizitornim postupkom: istražni suci zahtijevali su sve veće ovlasti da sami utvrđuju zaslužuju li glasine učiniti kazneni predmet notornim.

Negdje u petnaestom stoljeću porotnici su se u velikoj mjeri prestali samostalno informirati i izvođenje svjedočkih iskaza u sudnici pred porotom postalo je ključno za engleske kaznene postupke. Nije dobro poznato, međutim, da je u predmetima za teška kaznena djela i zločin izdaje samo svjedocima optužbe bilo dopušteno svjedočiti pod prisegom. U mjeri u kojoj su bili prihvaćeni, svjedoci obrane mogli su davati samo neprisegnute izjave.⁵² Premda bi bilo pogrešno vjerovati da su zaprisegnuti svjedoci optužbe bili nepobitni i da su u potpunosti potiskivali dokaze obrane, nema sumnje da je asimetrija u zahtjevima za prisegom pružala značajnu prednost optužbi. Kada je inače besprijekoran svjedok potvrdio nešto pod prisegom svojom besmrtnom dušom, porotnici su imali malo razloga – *ceteris paribus* – pokloniti povjerenje neprisegnutom svjedočenju. Taj režim jednostranog izvođenja dokaza trajao je u predmetima teških kaznenih djela do prvih godina osamnaestog stoljeća. Na kontinentu su, istodobno, svi svjedoci trebali dati promisornu prisegu da će govoriti istinu, dok je, kao što smo vidjeli, odbijanje prihvaćanja svjedoka obrane predstavljalo povredu pravila za koja se smatralo da su prirodno pravnog podrijetla. Oslobođenje od zahtjeva prisege bilo je predviđeno samo u korist okrivljenika: ako je postojala zapreka da njegov svjedok prisegne, sud je po svojoj procjeni mogao prihvatiti neprisegnutu izjavu. Umjesto asimetrije štetne za okrivljenika, na kontinentu je postojala asimetrija koja je za njega bila korisna.

Jednostranost engleskog kaznenog pravosuđa širila se na prethodni postupak. Neko vrijeme Engleska je nastavila srednjovjekovnu praksu osobnih tužbi (uglavnom žrtava), tako da nijedan državni dužnosnik nije bio zadužen za prikupljanje dokaza za kaznene predmete. Promjena se dogodila tek sredinom šesnaestog stoljeća, kada su lokalnim mirovnim sucima dane upute da ispituju i obvezuju svjedoke da svjedoče na suđenju. Ali oni su ispitivali i bilježili samo

⁵¹ O teološkoj osnovi tih neformalnih kontinentalnih postupaka vidi Lévy, *supra* bilješka 21, na 33.

⁵² Neki tvrde da u predmetima za teška kaznena djela i izdaju korištenje svjedocima obrane nije bilo dopušteno sve do kasnog šesnaestog stoljeća. Vidi George Fisher, *The Jury's Rise as Lie Detector*, 107 YALE L.J., 575., 583., 603.-4. (1997.). Međutim, to stajalište potkrepljuju samo dokazi koji se odnose na suđenja za izdaju, gdje je biti svjedok obrane moglo bilo opasno, jer bi svjedok iskazivao protiv kralja.

izjave koje su dali okrivljenik i svjedoci optužbe. Svjedoci koji bi dokazivali okrivljenikovu nedužnost nisu bili ispitivani.⁵³ Dodatna poteškoća za okrivljenika u prethodnom postupku bila je da mu je *common law* zabranjivao da primi prijepis optužnice koja navodi optužbe.⁵⁴ To je bio ozbiljan hendikep, osobito s obzirom na to da su suđenja bila u obliku niza kratkih „ročišta“. To uređenje održalo se kroz veći dio osamnaestog stoljeća. Kontrast prema kontinentu vrijedi ponovo naglasiti: inkvizitorni proces strukturiran je kao niz službenih aktivnosti tijekom kojih je, kao što je već spomenuto, trebalo saslušati svjedoke koji oslobađaju od krivnje i dati mogućnost okrivljeniku da se upozna s optužbama, kao i sa svim dokaznim materijalom koji ga je teretio. Pod prijetnjom nevaljanosti, ta dva uvjeta trebala su biti ispunjena prije nego je sudac mogao izdati legitiman nalog za torturu.

Činjenica koja vjerojatno najviše razotkriva da su osnovna procesna jamstva kasno prihvaćena u Engleskoj jest okolnost da tamo branitelji nisu imali pravo pristupa suđenju za teška kaznena djela do sredine osamnaestog stoljeća. Čak i nakon toga neko vrijeme nije im bilo dopušteno komentirati dokaze ili raspravljati o predmetu: mogli su samo ispitivati svjedoke.⁵⁵ U tom pogledu kontinentalno pravosuđe bilo je velikodušnije. Suprotno onome što se često misli i usprkos nametnutim ograničenjima, kontinentalni *advocati* nisu bili beskorisni okrivljeniku kao češalj ćelavome. Farinaccijev *consilium* pokazat će nam da su barem u nekim zemljama *ancien régime*a vješti pravnici mogli utjecati na tijek postupka.

Neosporno je, naravno, da dopušteno korištenje sudskom torturom u inkvizitornom postupku zasjenjuje i degradira sve te komparativne prednosti starijeg kontinentalnog kaznenog pravosuđa. U Engleskoj je prisila radi pribavljanja dokaza ostala rijetka praksa najviših kraljevskih vlasti u šesnaestom i sedamnaestom stoljeću i koristila se uglavnom za otkrivanje supočinitelja političkih ili kaznenih djela protiv države.⁵⁶ Pogrešno bi bilo, međutim, pripisati tu razliku nesklonosti engleskog društva prema nanošenju boli osumnjičenim kriminalcima. Okrutnost, usporediva s onom starijih kontinentalnih kaznenih pravosuđa, postojala je u Engleskoj ne samo pri izvršenju smrtne kazne nego i u ranim stadijima kaznenog postupka. Uzmite u obzir da je do osamnaestog stoljeća okrivljenikovo odbijanje izjašnjavanja

⁵³ Za izvještaj iz šesnaestog stoljeća o toj praksi v. THOMAS SMITH, *DE REPUBLICA ANGLORUM*, Lib. 2, cap. 20 (1960., Alston ed.).

⁵⁴ Vidi John Langbein, *The Privilege and Common Law Procedure: the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, u R. H. HELMHOLZ ET AL., *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*, 82., 90. (1997.).

⁵⁵ Vidi JOHN LANGBEIN, *HISTORY OF THE COMMON LAW*, 690.-92. (2009.).

⁵⁶ Vidi JOHN LANGBEIN, *TORTURE AND THE LAW OF PROOF*, 81.-134. (1967.). U novije vrijeme vidi također JAMES HEATH, *TORTURE AND ENGLISH LAW*, 58.-160. (1982.).

u kaznenom postupku sprječavalo vođenje postupka i da je smišljen okrutan oblik torture kako bi ga se prisililo da se izjasni nedužnim ili krivim. Taj se oblik sastojao od stavljanja sve težeg kamenja na njegovo tijelo sve dok nije bio voljan izjasniti se. Unatoč tim mučenjima, neki okrivljenici izabrali su biti zgnječeni do smrti, budući da su tako izbjegli oduzimanje imovine i neke druge kolateralne posljedice osude, ostajući „nijemi“ i ustrajući u svom odbijanju izjašnjavanja o krivnji.⁵⁷

Zamislite da su engleski suci bili vezani standardom dostatnosti dokaza tako zahtjevnim kao onim njihove kontinentalne braće tako da nisu mogli ishoditi osuđujuću presudu za teška kaznena djela bez svjedočenja dvojice bespriječnih svjedoka očevidaca ili okrivljenikova priznanja. Lišeni na taj način zakonski dopustivih dokaza u jednakoj mjeri kao i kontinentalni suci, nije li vjerojatno da bi i oni – s obzirom na duh vremena – prihvatili prisilne metode iznuđivanja priznanja krivnje od nevoljnih okrivljenika? S obzirom na manju zasićenost starog engleskog kaznenog postupka pravom, a osobito s obzirom na njegovu veću ovisnost o službenicima amaterima, nije li također vjerojatno da bi se te metode koristile na arbitrarniji način nego na kontinentu? Nagovještaj te mogućnosti može se dobiti iz opaske promatrača iz sedamnaestog stoljeća o torturi koju su primjenjivale engleske kraljevske vlasti. „U drugim zemljama“, napisao je, „[tortura] se koristila u pravosuđu kad postoji *semi-plena probatio*. A ovdje u Engleskoj uzmu čovjeka i muče ga ne znam zašto, niti kada, ne u vrijeme suđenja, nego kad netko poželi“.⁵⁸

Bilo kako bilo, ostaje činjenica da je mrlja sudske torture kao sustavne procesne institucije okaljala jedino kontinentalno kazneno pravosuđe. Primi-jetite, međutim, suptilnu ironiju. Dijelom odgovoran za tu mrlju bio je standard dostatnosti dokaza koji je otišao predaleko u onemogućavanju tada postojeće *cupiditas puniendi*. Drugim riječima, dio krivnje za mrlju leži na pretjerano zahtjevnim procesnim jamstvima.

Utjecaj zahtjeva pravičnog postupka. Ako starije kontinentalne odredbe u pogledu procesnih jamstava zaslužuju suosjećajni odnos, postavlja se pitanje jesu li one bile od značenja u pravnom životu. U autoritarnom uređenju kontinentalne sudbene birokracije lako su mogle ostati samo retorička obveza, ili jamstvo na papiru. Bilo bi, međutim, iznenađujuće da se poštovanje tih odredbi nije razlikovalo od jurisdikcije do jurisdikcije i od vremena do vremena. Ne samo da je došlo do raznolikih promjena u zajedničkim uvjerenjima i

⁵⁷ O toj *peine forte et dure*, vidi JAMES BRADLEY THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW, Vol. 1, 297.-300. (Boston, 1898.). Nasilje slično torturi također se moglo sporadično koristiti u „privatnim istragama“ u svrhu prikupljanja optužujućih dokaza – osobito ako su za kazneno djelo bile osumnjičene osobe nižeg staleža. Fieldingov Tom Jones podsjeća na tu mogućnost. Vidi HENRY FIELDING, THE HISTORY OF TOM JONES, 79.-80. (1940., Random House).

⁵⁸ JOHN SELDEN, TABLE TALK, 133. (1927., Pollock ed.).

političkim institucijama između slabljenja srednjeg vijeka i vremena kad su se sjene nadvile na *ancien régime* nego su značajne razlike postojale i među kontinentalnim jurisdikcijama u njihovu poštovanju doktrinarnih autoriteta i ostalih pravnih izvora.⁵⁹ Bez arhivskih istraživanja malo se može reći o toj temi kao da je čvrsto zaodjenuta sigurnošću. Ipak, čini nam se mogućim da je stupanj poštovanja jamstava obrane svugdje ovisio o percipiranoj prijetnji kaznenog djela i o društvenom položaju okrivljenika.

Kada se kazneno djelo nije smatralo ozbiljnom prijetnjom uspostavljenom poretku i okrivljenik je bio osoba dobrog društvenog položaja, pravila posvećena pojmu *defensio* morala su, barem na nekim sudovima, imati više od pukog platonskog učinka. Također, u tom kontekstu suci su imali razloga brinuti se o mogućoj odgovornosti zbog zanemarivanja pravila namijenjenih zaštititi interesa obrane.⁶⁰ Čak nije mogla biti isključena ni neprijateljska reakcija naroda na prekomjernu torturu. Prema povjesničarevim *bonne bouche*, Bartolus de Saxoferrato – svetac zaštitnik rimsko-kanonskih pravnika najmanje dva stoljeća – trebao je skočiti kroz prozor kako bi pobjegao svjetini razbješnenoj njegovim nalogom za torturu koje je posljedica bila okrivljenikova smrt.⁶¹

U progonu kaznenih djela koja su najviše prijetila, međutim, krajolik prava je potamnio. Čak je i poštovanje pravila za koja se smatralo da potječu iz višeg prava postalo neizvjesno, pa su snažni impulsi suzbijanja kriminaliteta uzrokovali dramatično zadiranje u jamstva obrane. Već u trinaestom stoljeću razvila se doktrina da procesni poredak ustanovljen zakonom može biti prekršen zbog „grozote zločina“ (*propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi*).⁶² Izvorno, to izuzeće od redovitih pravila primjenjivalo se

⁵⁹ Primijetite tek usput da su se mehanizmi posvećeni preispitivanju odluka također razlikovali. Iako se često govorilo da ga prirodno pravo zahtijeva, žalbeni postupak nije postojao u svim kontinentalnim zemljama. Najčvršće je bio uspostavljen u Francuskoj. U talijanskim gradovima državama, gdje nisu bili ustanovljeni žalbeni sudovi, zadaća ispitivanja jesu li suci pravilno vršili svoje funkcije pripadala je posebnim sudskim tijelima. Njihove odluke uključivale su predmete koji se tiču odgovornosti za nepropisno primijenjenu torturu. Vidi WOLDEMAR ENGELMANN, *DIE WIEDERGEBURT DER RECHTSKULTUR IN ITALIEN*, 514.-583. (1983.).

⁶⁰ Za zanimljivu odluku iz sedamnaestog stoljeća koju je donio Vrhovni sud Saske o sudskoj odgovornosti zbog primjene torture vidi Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 127, no. 18. In *syndicatu* postupci posebnih sudova u talijanskim gradovimadržavama također pružaju indikativne primjere sudske odgovornosti. Vidi Engelmann, *supra* br. 59, *id.* Jedan pravni povjesničar nedavno je osporio rašireno stajalište da se pravila koja uređuju torturu nisu poštovala u praksi. Vidi Kenneth Pennington, *Torture and Fear: Enemies of Justice*, 19 RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMUNE, 203., 227.-29. (2008.).

⁶¹ Vidi SUSANNE LEPSIUS, VON ZWEIFELN ZUR UBERZEUGUNG, 13.-14. (2003.).

⁶² Na doktrinu se nastavilo pozivati na kontinentu čak do osamnaestog stoljeća. Za povijesne referencije na tu doktrinu stvorenu na temelju teksta pape Inocenta IV. vidi Schmoekkel, *supra* bilješka 39, na 276.-277.

samo na izdaju (*crimen laesae maiestatis*) i herezu (*crimen laesae maiestatis divine*), ali uskoro je obuhvatilo simoniju i čarobnjaštvo, šireći se naposljetku na sva kaznena djela za koje je predviđena pooštrena smrtna kazna (*crimina atrocissima*).⁶³ Sudovi koji su slijedili tu doktrinu dopuštali su, na primjer, određivanje torture na temelju manjeg od „nedvojbenih indicija“ ili da mučenja budu izvršena na grublji način i njihova ponavljanja lakša nego u standardnim slučajevima. Pišući u šesnaestom stoljeću, Jean Bodin naveo je da je čarobnjaštvo bilo tako ozbiljno i tako teško otkriti koristeći se normalnim metodama dokazivanja „da javna glasina sama po sebi može biti gotovo nepogrešiva“ i dovoljna da se osoba stavi na torturu.⁶⁴

Ta pogubna doktrina nije ostala neosporavana – osobito u odnosu na oblike pravde za koje se vjerovalo da imaju izvor u prirodnom pravu.⁶⁵ Proizašlu kontroverziju i okružujuće pravo prikazat ćemo sad na mišljenju koje je iznio slavni Prospero Farinacci u jednom talijanskom predmetu iz šesnaestog stoljeća.

III. FARINACCIJEV *CONSILIUM*⁶⁶

Činjenice slučaja. Neki Biffio, lualica iz Milana, uhićen je u Torinu pod sumnjom da se uzdržavao kriminalnom aktivnošću. Jedva podvrgnut najblažem stupnju torture, otkrio je da ga je pučanin zvan Curtes nagovarao da ubije plemića zvanog Luigi Valpergi u ime milanskog plemića Guida di San Giorgia, ali da je on, Biffio, odbio to učiniti. Njegovo svjedočenje dovelo je do uhićenja Curtesa, čovjeka loše reputacije koji je protjeran iz Milana i obitavao u Torinu, živeći raskošno bez vidljivih sredstava za uzdržavanje. Curtes je priznao da pripada Guidovoj sviti u Milanu, ali je zanijkao bilo

⁶³ O toj podjeli, koja se može naći u talijanskim i njemačkim pravnim izvorima, između kaznenih djela koja podliježu smrtnoj kazni s pooštrenjem (*crimina atrocissima*) i onih zapriječenih smrću bez pooštrenja (*criminal atrocita*), vidi Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 102, nos. 62. i 63, Za daljnje razlikovanje između „*crimina atrocita*“ i „*crimina atrociora*“ vidi GIULIUS CLARIUS, SENTENCIARUM RECEPTARUM LIBER QUINTUS, par. primus, vers. Sunt Etiam (Venetiis 1568.).

⁶⁴ JEAN BODIN, DE LA DEMONOMANIE DES SORCIERS, 198. (Paris 1580., Du Puys).

⁶⁵ Za kritiku doktrine utjecajnog Hippolytusa de Marsiliisa iz Bolonje (1450.-1529.) vidi GIORGIA ALESSI PALAZZOLO, PROVA LEGALE E PENA, 76. (1979.). Carpov se referira na kontroverziju koja okružuje doktrinu (*supra* bilješka 3, pars III, qu. 102, n. 68). Farinaccijevo stajalište o tom pitanju uskoro će biti razmatrano u tekstu.

⁶⁶ Tekst tog *consiliuma* može se naći u: PROSPERI FARINACII CONSILIA SIVE RESPONSA ATQUE DECISIONES CAUSARUM CRIMINALIUM, EDITIO POSTREMA, Consilium 99, str. 483.-491. (Cardon, Lungduni, 1610.). U nastavku ćemo se referirati na tekst tog *consiliuma* samo njegovim brojevima.

kakvu umiješanost u ubojite planove. Nakon podvrgavanja najtežem stupnju torture i dalje je tvrdio da je nedužan. Međutim, mučen opet nakon dva dana i suočen s Biffijom, Curtes je napokon priznao da je primio novac od Guida kako bi organizirao Luigijevo ubojstvo i da je neuspješno pokušao nagovoriti Biffija da počini kazneno djelo.

Na temelju tog priznanja lokalni sudac otvorio je kaznenu istragu protiv Guida. Pozvan da dođe u Torino, pojavio se na sudu i zaniijekao zavjeru za ubojstvo. Priznao je samo da je Curtesu dao poveći iznos novca, tvrdeći da je to poklon za prijašnje usluge. Sudac je tada ponovio ispitivanje Biffija i Curtesa u Guidovoj prisutnosti.⁶⁷ Nakon što su oni ponovili prije dana priznanja, zaključio je „ofenzivni dio“ istrage i optužio Guida za kapitalno kazneno djelo ubojstva.⁶⁸

U „defenzivnom dijelu“ istrage postavilo se pitanje je li prikupljeno dovoljno dokaza za odluku da Guido bude stavljen na torturu. Inkriminirajući materijal protiv njega bio je znatan. Bio je upleten ne samo Curtesovim priznanjem, potkrijepljenim Biffijevim, nego i indicijama o motivu. Nekoliko svjedoka svjedočilo je o glasinama koje su kružile za vrijeme nedavne vojne kampanje da je Guido kovao zavjeru da se Luigi ubije. Dodatno, guverner Torina obavijestio je suca da je primio pisma od „vjerodostojnih svjedoka“ koja su ga izvjestila o Guidovim ubilačkim planovima. Postojao je i dokaz novčanog transfera od Guida Curtesu. Ipak, bez obzira na to koliko su ti dokazi bili značajni, sudac ih je smatrao nedostatnima za osudu. Određivanje torture u pokušaju pribavljanja priznanja činilo mu se jedinim načinom da osudi Guida za kapitalno kazneno djelo.

U svojoj obrani Guido je isticao da priznanja Biffija i Curtesa nisu mogla opravdati nalog za torturu, jer su posljedica primjene prisilnih ispitivanja provedenih bez zakonski potrebnih *indicia*. Službenik koji je predstavljao javni interes – u nastavku ćemo ga zvati *Fiscus* – nije osporavao da su nedostajali redovito potrebni indiciji, već je tvrdio da oni u ovom slučaju nisu bili potrebni. Među nekoliko argumenata koje je iznio, sljedeći zaslužuju našu pažnju. Prvi je da je kazneno djelo za koje je optužen bilo „teško“ i da se u ovom kontekstu ne trebaju primjenjivati redovita pravila postupka. Vidjeli smo da se pred sudovima *ancien régime*a često pozivalo na to pravilo. Njegov drugi argument bio je da je kazneno djelo bilo teško dokazati i da stoga tortura može biti određena na inače nedostatnim indicijama. Podrijetlom iz progona hereze, ovo pravilo

⁶⁷ O pravu koje se odnosi na ponovno ispitivanje svjedoka optužbe u okrivljenikovo prisutnosti vidi *supra* bilješku 21.

⁶⁸ Radilo se o zločinu *assasinium*, definiranom kao počinjenje ubojstva za novčanu isplatu. Definicija je obuhvaćala i djelovanje neposrednog počinitelja i djelovanje osobe koja traži ubojstvo, ali je potonje djelovanje smatrano ozbiljnijim. Iz objavljenog teksta *consilium*a o kome se raspravlja nije jasno tko je zaista ubio Luigija.

također se često koristilo pred onodobnim kontinentalnim sudovima. *Fiscus*ov treći argument bio je da su Biffio i Curtes osobe loše reputacije, prognani iz zajednica u kojima su živjeli, i da pojedinci tog soja mogu zakonito biti mučeni bez normalno potrebnog dokaza. Njegov posljednji argument odnosio se na činjenicu da je guverner Torina zahtijevao da Biffio i Curtes budu stavljeni na torturu. Kao najviša vlast u gradu, držao je *Fiscus*, guverner je ovlašten riješiti predmet „prema savjesti“ umjesto prema standardnim procesnim pravilima. Zahtijevajući da Biffio i Curtes budu mučeni, guverner je delegirao svoju ovlast sucu, koji je zauzvrat bio ovlašten izdati naloge za torturu bez inače potrebnih dokaza. Sve u svemu, zaključio je *Fiscus*, dva priznanja, zajedno sa stavkama indicija, pružili su dovoljnu potporu za stavljanje Guida na ispitivanje pod torturom.

Ulazi Farinacci, upitan da podnese *consilium iudicale* o pitanju bi li tortura određena na temelju dokaza prikupljenih u istrazi bila legitimna.

Nevaljanost Biffijeva priznanja. Farinacci se prvo osvrnuo na valjanost priznanja dobivenoga od Biffija. *Fiscus* je u krivu, napisao je, da bi u slučaju teških kaznenih djela puka sumnja bila dostatna za legitimni nalog za torturu: čak i ovdje sucima nije dopušteno podvrgnuti okrivljenike mukama, a da prvo ne prikupe „nedvojbene“ *indicia*. *Indicia* su nedvojbeni, nastavio je, ako su tako uvjerljivi da čine „slučaj tako jasnim očima suca da on ne može vjerovati suprotno“.⁶⁹ Spominjanjem „vjerovanja“ čini se da je Farinacci prihvatio poziciju da bi suci trebali biti uvjereni u krivnju okrivljenika prije određivanja da budu podvrgnuti bolnom ispitivanju.⁷⁰ Taj standard, napisao je, moraju poštovati čak i magistrati koji imaju potpunu diskreciju (*arbitrium absolutum*): njima je također zabranjeno određivati torturu, a da prvo ne prikupe inkriminirajuće dokaze zahtijevane zakonom.⁷¹ *Fiscus* se također vara, nastavio je Farinacci, da tortura može biti određena na temelju puke

⁶⁹ *Nec dicitur indubitatum indicia nisi fuerit tale ex quo ita res apud oculos iudicis clara reddatur, ut contrarium credit non possit.* Br. 30. U svojoj raspravi donekle je ublažio tu zahtjevu poziciju, govoreći da indiciji postaju nedvojbeni kad čine suca „kvazisigurnim“ u okrivljenikovu krivnju. Vidi Prospero Farinacci, *Praxis et theoreticae criminalis*, lib. 1, tit. 5, qu. 37 (Frankoforti, 1606.).

⁷⁰ Inzistiranje na „subjektivističkom“ tumačenju *indicia indubitata* također je primjetno u Carpovoj definiciji pojma. Prema njemu, vjerodostojni su indiciji sposobni „potpuno uvjeriti, ali ne potpuno dokazati“ (*apta ad plene persuadendum, licet non plene probandum*). Vidi Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 120, no. 13. Farinaccijev suvremenik Menochio uveo je drugačiji subjektivni element u literaturu. Po njegovu mišljenju, dokaz je bio nedvojen kad je izazvao takav duševni mir utvrđivača činjenica da on nije osjećao potrebu dalje istraživati stvar. (*Indicium indubitatum est demonstratio rei per signa sufficientia per quod animus in aliquot tanquam existente quiescit et plus investigare non curat.*) Vidi JACOBUS MENOCHIVS, *DE PRAESUMTIONIBUS, CONIECTURIS, SIGNIS ET INDICIIS COMMENTARIA*, Tomus I, qu. 7, no. 12 i 117, no. 65 (De Tournes, Genevae, 1670.).

⁷¹ Br. 27. Vidi također *infra* bilješku 73.

sumnje kada su kaznena djela teško dokaziva (*crimina occulta*). U njihovu procesuiranju standard dostatnosti dokaza je nešto manje zahtjevan, ali dokazi ipak moraju biti tako jaki da „se zločin teško može poreći“.⁷² Čak ni taj niži standard, smatrao je, nije ispunjen u Biffijevu slučaju. Ni činjenica da je Biffio bio skitnica protjerana iz Milana nije opravdavala nalog za torturu utemeljen na pukoj sumnji. Čak i da je njegova loša reputacija i sklonost kriminalu bila u potpunosti dokazana – *quid non*, mučiti ga bez dovoljno *indicia* još bi uvijek predstavljalo povredu zakona.⁷³

U pristupu pitanju guvernerova upletanja u postupak, Farinacci je odlučio ne osporavati guvernerov nalog izravno. Tekst naloga nije jasan, napisao je umjesto toga, i postoje dobri razlozi za sumnju da je guverner namjeravao prekršiti zakon odobravanjem torture bez potrebnih *indicia*. Njegov nalog treba shvatiti kao da sadržava samo odobrenje da se Biffija liši „nebitnih“ obrana koje pruža pozitivno (civilno) pravo, a ne da ga se također liši važnih obrana propisanih prirodnim pravom – kojima pripada i zahtjev dostatnosti *indicia* za torturu.⁷⁴ Obrane na temelju prirodnog prava, tvrdio je, okrivljenicima ne mogu uskratiti čak ni najviše zemaljske vlasti.⁷⁵

Farinacci je također osporio *Fiscusovu* tvrdnju da se pisma koja su napisali ugledni građani mogu koristiti kao dokazna potpora naloga za torturu. Pisma nisu bila formalno uključena u spis predmeta, ustvrdio je, i predstavljaju izvansudske informacije. To priječi da se koriste kao dokazni materijal u predmetu. Prema višestoljetnoj maksimi, suci mogu odlučiti samo na temelju onoga što je izneseno i dokazano na sudu. Čak i da su pisma o kojima je riječ bila uključena u spis predmeta, ona još uvijek ne bi ispunjavala uvjet za valjani dokaz: oni koji su ih napisali nisu prisegnuli te su dostavili inkriminirajuće informacije prije nego je okrivljenik pozvan na sud i bio u poziciji iznijeti svoju obranu. To je prekršilo zahtjev da okrivljenici budu pozvani na sud prije nego svjedoci mogu (formalno) iskazivati protiv njih.⁷⁶

Nevaljanost Curtesova priznanja. Zaključivši da je Biffijevo priznanje pribavljeno kršenjem zakona, Farinacci se obratio pitanjima potaknutima Curtesovom torturom. Zato što je Biffijevo priznanje pribavljeno nezakonito,

⁷² *Indicia debent esse certa et tali aut vix posit denegari delictu*. Br. 31.

⁷³ Br. 35-37. U jednom drugom *consiliumu* Farinacci je napisao da osoba niskog društvenog statusa i loše reputacije može biti mučena bez redovito traženih dokaza, ali samo ako su delinkventi obilježeni s *publica fama* ili u iznimnim situacijama kao što je strah od *populi tumultus*. Vidi Farinacci, *supra* bilješka 24, *consilium* 103, nos. 5-8.

⁷⁴ *Eius* [tj. guvernerov] *mandatum intelligendum est de defensione civili, non autem de naturali, item de levi et frivola defensiones, non autem de substantiali*. Br. 38.

⁷⁵ Br. 40-41. U drugom *consiliumu* Farinacci je inzistirao da su čak i papa i car dužni poštovati procesne obrane utemeljene u prirodnom pravu. Vidi Farinacci, *supra* bilješka 24, *consilium* 85, nos. 19 i 25.

⁷⁶ Br. 42-43.

tvrdio je, treba ga smatrati ništavim i ne smije se koristiti kao *indicium* koji opravdava Curtesovu torturu.⁷⁷ Njegov argument da je nezakonit dokaz ništav sporadično se razvijao od djetinjstva inkvizitornog postupka i u to vrijeme teško da je bio novost.⁷⁸ Značajno je, međutim, da je inzistirao ne samo na odbijanju nezakonito pribavljenog primarnog dokaza (Biffijevo priznanje) već i na odbijanju dokaza koji je proizašao iz njega (Curtesovo priznanje). Čak ni taj širi isključujući učinak nije bio puka *scherzo di fantasia* i plod uzvitlane mašte ovog snalažljivog pravnika: postojali su veliki pravni autoriteti za taj širi zahtjev – uključujući još uvijek utjecajnu *Pastoralis Cura* Klementa V. iz četrnaestog stoljeća. U jednom drugom *consiliumu* Farinacci se izričito oslonio na tu papinsku konstituciju za tvrdnju da su svi procesni koraci poduzeti nakon uskraćivanja obrana ništavi.⁷⁹ Kao iskusan parničar, bio je sigurno svjestan koji argumenti mogu biti izneseni na sudu s barem nekakvim izgledima za prihvaćanje.

Ispada da naše suvremene odredbe koje nalažu zabacivanje nezakonitih dokaza imaju preteču u inkvizitornom postupku *ancien régimea*. Najviše iznenađuje što je to uključivalo i zabranu korištenja dokazima proizašlim iz nezakonito pribavljenoga. Da bismo shvatili kako je to značajno, uzmimo u obzir da zabrana korištenja „plodovima otrovne voćke“ ni do danas nije čvrsto utemeljena u kaznene postupke svih liberalnodemokratskih zemalja. Bilo bi naivno misliti, naravno, da je taj strogi pristup nepravilno prikupljenim priznanjima bio standardna praksa sudova *ancien régimea* – osobito u

⁷⁷ *Dato etiam quod ex depositione Biffii contra Curtem oriretur indicium ad torturam: hoc tamen intelligi debet, quando ipse Biffius fuisset legitime et praecedentibus indiciiis tortus; sed cum, ut supra late demonstram, appareat non legitime et sine praecedentibus indiciiis tortum fuisse, sequitur quod talis confessio, nec sici nec Curti per ipsum nominato nocere potest.* Br. 46.

⁷⁸ Gandinus je iznio to stajalište već u trinaestom stoljeću. Vidi Gandinus, u: Kantorowicz, *supra* bilješka 4, Vol. 2, na 167. U 16. stoljeću ideja da su nezakonto dobiveni dokazi ništavi proširila se – *pari passu* s prodorom rimsko-kanonskog u lokalna postupovna prava – i rubnim područjima kontinentalne pravne kulture. Tako i Farinaccijev suvremenik Hrvat Kitonić piše za ugarsko pravo: *Confessionem factam per Reum in tormentiis, nullius, vel non legitimis indiciiis praecedentibus, non valere et redi nullam, etiamsi millies fuerit ratificata.* Vidi citirano djelo, *supra* bilješka 37, Cap. 6, qu. 8. Pritom se poziva na Nijemca Joachima Mynsingera, poznatog po nastojanju da udruži rimsko-kanonske i domaće procesne propise, kao i na Talijana Franceska Vivija, čija je knjiga *Communium opinionum doctorum utruque iuris* (Perugia, 1565.) izvršila velik utjecaj na Kitonića.

⁷⁹ *Omnia gesta post denegatas defensionones sunt ipso facto nulla.* Farinacci, *supra* bilješka 24, *consilium* 161, no. 24. U sljedećem stoljeću Carpvov je stavio svoj veliki autoritet u prilog tom širokom isključujućem učinku čak i u odnosu na najteže zločine. (*Nullitas ex defectu indiciorum promanans, omnia acta post facta pariter inficiat, nullaque reddat, etiamsi de crimine excepto ageretur.* Carpvov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 108, n. 45. Za primjer manje strogog pristupa nepropisno pribavljenim dokazima, ali s očitim naglaskom na građanskim predmetima, vidi SEBASTIANUS VANTIUS, TRACTATUS DE NULLITATIBUS PROCESSUM, br. 38 (Aldi filii, Venetiis, 1554.).

predmetima koji uključuju okrivljenike iz nižih društvenih slojeva poput Biffija i Curtesa ili u predmetima povodom kaznenih djela koja ozbiljno prijete uspostavljenom poretku. Ipak, Farinaccijevo mišljenje pokazuje da argumenti u korist odbijanja dokaza proizašlih iz nezakonito pribavljenih priznanja nisu, barem na nekim sudovima starog poretka, bili daleko izvan – ili čak i na vanjskim rubovima – prihvatljivog sudskog diskursa te da su mogli učiniti razliku u nekim predmetima.

No vratimo se Curtesovu priznanju. Farinacci je istaknuo nekoliko razloga za njegovu nevaljanost, osim onih o kojima smo upravo raspravljali. Istaknut među njima bio je njegov prigovor načinu na koji je Curtes mučen. Tortura se sastojala u njegovu uzastopnom dizanju u zrak rukama vezanim za leđa i onda iznenadnom ispuštanju dio puta do tla. Taj krajnji stupanj torture tzv. trzajima (*tortura cum pluribus squassis*), istaknuo je Farinacci, rijetko se koristio u Italiji čak i u istrazi težih kaznenih djela, a iznimna okrutnost mučenja bila je pojačana ponavljanjem tog načina torture nakon dva dana.

Ponavljanje torture, nastavio je, učinilo je proizašlo priznanje jednakim priznanju pribavljeno nezakonitim prijetnjama. Uspostavljanje te paralele s nezakonitim prijetnjama bilo mu je važno jer se pozvao na rašireno stajalište doktrine da priznanje pribavljeno nezakonitim prijetnjama „ne može štetiti ni osobi koja je priznala ni ikome drugome“.⁸⁰ To se može činiti čudnim onima koji poznaju standardno pravilo inkvizitornog postupka da se okrivljenicima *mora* prijetiti torturom prije nego što se ona doista primijeni. Razlog za to pravilo (*territio*) bio je da bi prijetnje predstojećih muka mogle potaknuti okrivljenike da priznaju bez potrebe da ih se stvarno muči. No te dopuštene prijetnje pretpostavljale su da je sudac prikupio dovoljno *indicia* za tada dopušteni nalog za torturu. Budući da je Farinacci tvrdio da taj zahtjev nije ispunjen, mogao je uvjerljivo tvrditi da je sama mogućnost ponovljene torture predstavljala nezakonitu prijetnju. Oспорavao je i *Fiscovu* tvrdnju da je ponavljanje torture bilo legitimno, jer je odluka o ponavljanju bila pitanje sudske diskrecije. Diskrecija nije apsolutna, prosvjedovao je Farinacci: zakon zahtijeva da indiciji koji potkrepljuju ponavljanje torture budu „najjači“ i da se sastoje od novih dokaza koji zamjenjuju one „pročišćene“ prijašnjim mučenjima.⁸¹ Niti jedan od tih zahtjeva nije ispunjen, tvrdio je, u Curtesovu slučaju.

Legitimitet stavljanja Guida na torturu. Zaključivši svoju procjenu Biffijevih i Curtesovih priznanja, Farinacci je došao do pitanja na koje je njegov *consilium* namjeravao odgovoriti: može li protiv Guida biti izdan legitimni nalog za torturu? Započeo je svoju argumentaciju priznajući da bi, da su bolna

⁸⁰ *Communiter receptu est a Doctribus, quod confessio metu tormentorum extorta, etiam millis ratificata et geminata, nec confitenti, nec aliis nocet.* Br. 56.

⁸¹ Br. 58-59.

ispitivanja Biffija i Cortesa pravilno izvršena i da nije bilo prigovora na njihovu vjerodostojnost, njihova priznanja – zajedno s potkrepljujućim dokazima⁸² – bila dovoljna za legitimni nalog za torturu. Po njegovu mišljenju, međutim, niti jedan od tih uvjeta nije bio zadovoljen. Osvrnuvši se prvo na zakonitost priznanja, usredotočio se na ono pribavljeno od Curtesa koje je, kao što smo upravo vidjeli, izjednačio s priznanjima iznuđenima nezakonitim prijetnjama. Ponavljajući da priznanja pribavljena na taj način „ne mogu štetiti ni osobi koja priznaje ni drugoj osobi“, dodao je da se izostanak štetnog učinka primjenjuje čak i kada su ta priznanja drugim dokazima u potpunosti potvrđena.⁸³

Ova dodatna klauzula mogla bi lako biti najznačajnija izjava u *consiliumu* jer potpuno proturječi široko rasprostranjenom uvjerenju da je inkvizitorni postupak *ancien régimea* bio nesputana potraga za istinom. Slijedeći to uvjerenje, smatralo se da razlozi ništavosti dokaza pribavljenih kršenjem inkvizitornog procesnog poretka (*ordo iudiciarius*) leže u zabrinutosti da informacije okaljane nepravilnim načinom pribavljanja kompromitiraju njegovu pouzdanost. Ali, ako su to bili razlozi, tada bi se nezakonito pribavljena priznanja mogla koristiti za presudu ako se naknadno pokaže da su točna. Pozivajući na njihovo odbacivanje čak i kad su točna, Farinacci je time pokazao osjetljivost na vrijednosti koje su očito u suprotnosti s neobuzdanom potragom za istinom. Kršenje jamstava obrane utemeljenih na prirodnom pravu očito je smatrao – kao i pravnici istomišljenici – tako ozbiljnim da ono opravdava odbacivanje čak i očito točnih informacija. Uzimajući u obzir da je sudsko priznanje okrivljenika tada veličano kao „kraljica dokaza“, njegova dodana primjedba sugerira zaista iznenađujuću spremnost na žrtvovanje interesa suzbijanja kriminaliteta – čak i u slučaju odvratnog ubojstva.

Je li ta primjedba bila retorički ukras bez rezonancije u sudskoj praksi? U pogledu nekih zemalja i za neka razdoblja povijesti dostupne su informacije da su suci uistinu ukidali nepravilne naloge za torturu.⁸⁴ Koliko se tih razloga odnosilo na vjerodostojna priznanja, ne možemo, naravno, znati. Ali s obzirom na sklonost tijela kaznenog progona *ancien régimea* prema izbjegavanju nekažnjivosti (*ne crimina remaneant impunita*), teško je vjerovati da je isključenje vjerodostojnog, ali nezakonito pribavljenog priznanja bilo njihova dosljedna praksa. Čak i danas, trebali bismo se podsjetiti, sudovi mnogih

⁸² Te stavke dodatnih dokaza (*adminiculi*) bile su nužne, jer je zakon zahtijevao da priznanja supočinitelja budu potkrijepljena.

⁸³ *Confessio metu tormentorum extorta, nihil operatur, confitentique aut tertio non nocet, etiam quod aliunquē in totum verificetur per inspectiones oculorum, nedum alia verisimilia seu adminicula*. Br. 62.

⁸⁴ Postoje dokazi da su pravni fakulteti zasjedajući kao sudovi u nekim njemačkim zemljama ukidali odluke istražnih sudaca, Vidi ARND KOCH, DENUNTIATION: ZUR GESCHICHTE EINES STRAFPROZESSUALEN RECHTSINSTITUTS, 125.-126. (2006.). Te odluke uključivale su interlokutorne naloge za torturu.

zemalja nerado odbacuju takve dokaze u slučajevima teških kaznenih djela.⁸⁵ Ipak, čak i ako su Farinaccijeve primjedbe široko odstupile od tada utvrđene sudske prakse, činjenica da je uključio primjedbenu u dokument namijenjen sudskoj uporabi upućuje na to da su njegovi stavovi o snazi jamstava obrane bili unutar granica prihvatljivog pravnog diskursa. Uzimajući u obzir njegovu reputaciju kao „princa kaznenih odvjetnika“, njegova primjedba morala je imati neku težinu u Guidovu predmetu za ubojstvo.

Zbog opreza, Farinacci se međutim nije ograničio na puko isticanje nevaljanosti Biffijeva i Curtesova priznanja; dodao je također nekoliko neovisnih prigovora. Dokazi koji potkrepljuju priznanja su bezvrijedni, tvrdio je, jer „se ništa ne može dodavati na ništavost“.⁸⁶ A čak i ako bi svi njegovi argumenti za nevaljanost priznanja bili odbijeni, dodao je, korištenje priznanjima bilo bi pogrešno zbog njihove upitne točnosti. Curtes je *criminosus ultra vilitatem*, pa ono što je iskazao ne zaslužuje da mu se pokloni vjera, dok Guidovo plemstvo govori protiv njegova sumnjičenja za nečuveni zločin za koji je optužen.⁸⁷ Nakon tih procjena vjerodostojnosti koje su odražavale društvene predrasude njegove epohe, Farinacci je istaknuo da je sudu izložio pravo najbolje što je mogao te je time zaključio svoj *consilium*.

IV. DISKRIMINATORNI KARAKTER STARIH JAMSTAVA OBRANE

Promatran s našeg stajališta, ovaj dokument iz šesnaestog stoljeća doima se privlačnim i odbojnim. S jedne strane, pokazuje da jamstva obrane starog inkvizitornog postupka nisu puka teorijska pretpostavka, nego se ponekad na sudu pozivalo na njih. S obzirom na snažni represivni temperament vremena, dokument također otkriva da su neka od tih jamstava bila sposobna omesti realizaciju zahtjeva za kažnjavanjem. Uzmite u obzir da je Guido obaviješten o svim optužnim tvrdnjama, kao i o svim inkriminirajućim dokazima, te da mu je čak bilo dopušteno da se suoči s dva glavna svjedoka protiv sebe. Životno važno pitanje treba li biti stavljen na torturu bilo je ozbiljno osporavano. Čuveni odvjetnik tvrdio je da bi nalog za torturu bio legitiman samo da su

⁸⁵ To se jasno vidi u sustavima u kojima odluka o tome treba li odbiti nezakonite dokaze ovisi, *inter alia*, o vaganju intenziteta nezakonitog pribavljanja nasuprot težini slučaja. Vidi MIRJAN DAMASKA, EVIDENCE LAW ADRIFT, 23.-24. (1997.).

⁸⁶ *Quod nullum est adminiculari et adiudari non potest*. Br. 61.

⁸⁷ Br. 67-71. Treba imati na umu s tim u vezi da je u većini njemačkih i talijanskih jurisdikcija trebalo provjeriti istinitost priznanja pribavljenih torturom. Vidi Carpozov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 126, nos. 12-16, s upućivanjem na talijanske autoritete i *Constitutio Criminalis Carolina*.

inkriminirajući dokazi suca uvjerali u Guidovu kaznenu odgovornost, tako da bi – iz sučeve točke gledišta – njegovo bolno ispitivanje predstavljalo zasluženu kaznu. Odvjetnik je također dalje tvrdio da bi najvažnije dokazne stavke inkriminirajućih dokaza trebale biti odbačene na temelju toga što su pribavljene kršenjem procesnih pravila. Istina je da je prema tadašnjem zakonu Guido bio dužan odgovarati na postavljena pitanja i da bi zbog svoje tvrdoglave šutnje zaslužio disciplinsku kaznu.⁸⁸ Ali treba imati na umu da se okrivljenikova dužnost iskazivanja naširoko smatrala moralnom obvezom i da su neka procesna pravila opravdana tom obvezom preživjela u nekoliko kontinentalnih jurisdikcija duboko u dvadeseto stoljeće.⁸⁹

S druge strane, *consilium* pruža uvid u zaborane diskriminacije pri provedbi procesnih garancija. Zasigurno, procesne garancije nisu bile jedini aspekt kaznenog pravosuđa *ancien régimea* prožet socijalnim predrasudama. To se na primjer otvoreno očitovao pri izvršenju kazni, jer su osobe visokog društvenog položaja bile podvrgnute drugačijim kaznama nego niži staleži.⁹⁰ To je proživljalo i mnoge aspekte dokaznog prava.⁹¹ Ali u procesnoj domeni to se najviše zrcalilo u nejednakim zaštitama okrivljenika od strahota torture. Primijetite da su, kada je plemić Guido bio suočen s mogućnošću „bolnog ispitivanja“, izneseni snažni argumenti protiv dostatnosti dokaza u korist ove brutalne istražne metode. Ti su mu argumenti možda pomogli da izbjegne muke. No čak i da je bio stavljen na torturu, pravo ga je štitilo od podvrgavanja torture u njezinu najbolnijem obliku.⁹² Za razliku od toga, pučanin na zlu glasu Biffio bio je mučen na osnovi puke sumnje da je počinio (neodređeno) kazneno djelo, a Curtes, druga osoba neplemenita podrijetla, bio je izložen najtežim mukama bez ikakve vidljive grižnje savjesti zbog nedostatne dokazne potpore za njihovu ponovljenu primjenu.⁹³

⁸⁸ Vidi *supra* bilješku 15.

⁸⁹ To je bio slučaj u nekim švicarskih kantonima i u Austriji. Nije poznato da je čak i Beccaria, jedan od najpoznatijih kritičara torture radi izvlačenja priznanja, preferirao oštro kažnjavanje odbijanja odgovaranja okrivljenika na pitanja koja im je postavio sudac. Vidi CESARE BECCARIA, AN ESSAY ON CRIMES AND PUNISHMENTS, 150. (London, 1801.).

⁹⁰ Vidi JAMES WHITMAN, HARSH JUSTICE, 101.-107. (2003.).

⁹¹ Primjer je Farinaccijeva usporedna procjena Guidove i Curtesove vjerodostojnosti s kojom je završio svoj *consilium*.

⁹² Kada plemići nisu uživali imunitet od torture – više o tome za koji trenutak, bili su izuzeti od njezina krajnjeg stupnja težine. Krajnji stupanj težine, napisao je Farinacci, može biti korišten samo na „pokvarenoj i robusnoj osobi, ali ne na onima plemenita podrijetla“. Vidi *op.cit. supra*, bilješka 24, *consilium* 175, no. 22. Valja napomenuti da je neko vrijeme njemačkim plemićima bilo dopušteno isključiti se od inkvizitornog postupka, tražeći da im se sudi prema blažim pravilima akuzatornog postupka.

⁹³ Iako je već Gandinus tražio značajna jamstva protiv olake uporabe torture, pojedinci niska statusa, napisao je, nemaju pravo na njih jer su se izrugivali zakonu „načinom kako su

Kako bi se pravilno procijenio nama neprihvatljiv diskriminatorski karakter starih jamstava obrane, nužno je pogledati pravila koja su uređivala imunitete od torture. Općenito govoreći, njihov učinak bio je takav da su društvene elite rijetko bile podvrgnute ispitivanju pod mukama. Stoga, bez obzira na to koliko je grub i surov bio sustav kaznenog pravosuđa, osjetljivosti na ljudske patnje nije potpuno nedostajalo. Nedostajalo je, međutim, općeg ljudskog suosjećanja koje presijeca društveni spektar. Istina, bilo je nekoliko iznimki od torture – većina njih utemeljenih na kršćanskoj etici – ove vrste: trudne žene, maloljetnici, stari i duševno bolesni bili su pošteđeni od mučenja bez obzira na položaj u društvu. No pojedinci koji su pripadali nižim redovima, a nisu spadali u jednu od tih uskih kategorija, suočavali su se s opasnošću da budu mučeni u svim kaznenim predmetima povodom teških kaznenih djela.

Suprotno od onog što se često misli, shvaćanja o ljudskom dostojanstvu također nisu bila odsutna iz kaznenog pravosuđa *ancien régime*a. Opravdanje koje daju onodobni pravni izvori za imunitete od torture iznose tu činjenicu jasno na svjetlo. Bolno ispitivanje aristokratskog okrivljenika, vlasti su znale govoriti, unižava njegovo dostojanstvo (*dignitas rei*). Kao i sažaljenje, ljudsko dostojanstvo već je tada bilo prepoznatljivo, ali samo prema osobama koje su pripadale gornjim dijelovima društvene piramide. Drugim riječima, dostojanstvo još nije postalo univerzalnim ljudskim svojstvom.

U kasnosrednjovjekovnim kraljevstvima iznimke od torture zbog okrivljenikova dostojanstva stvorene su u prvom redu za nasljedno plemstvo. Od petnaestog stoljeća, međutim, plemenito podrijetlo izgubilo je središnje mjesto u iznimkama od bolnih ispitivanja.⁹⁴ Stoljeće kasnije, jedan čuveni talijanski pravnik žalio se da je „cvijet plemstva iskvaren pokvarenim i nedostojnim brakovima, i da se teško može reći je li osoba stvarno plemenita.“⁹⁵ Otad, imunitet od torture odobravao se, osim „pravom“ plemstvu, osobama koje su držale istaknute pozicije u vlasti i vojsci ili su se bavile uglednim profesijama.⁹⁶ Ti uglednici (*personae in dignitate constitutae*) uključivali su doktore, pa čak i pravnike („advokate“) zbog toga što „brane tuđe živote“.⁹⁷

živjeli“. Vidi A. Gandinus, u: Kantorowicz, *supra* bilješka 4, Vol. 2, rubrica: *A quo vel a quibus posit fama incipere ex quo tempore*, para. 5.

⁹⁴ U zemljama u kojima je plemstvo nastavilo biti moćno, naglasak na plemenitom podrijetlu trajao je naprotiv duboko u moderna vremena. Za Poljsku, „demokraciju plemića“, vidi Z. KACZMARCZYK & B. LESNODORSKI, *HISTORIA PANSTWA I PRAWA POLSKI*, Vol. 2, 195., 207. (1957.).

⁹⁵ Vidi IULII CLARI OPERA OMNIA, Liber 5, Practica Criminalis, qu. 64, no. 17 (Bailly, Lungduni, 1672.).

⁹⁶ Za opsežnu raspravu o iznimkama utemeljenima na pojedinčevom dostojanstvu vidi Carpov, *supra* bilješka 3, pars III, qu. 118, nos. 65-105. Vidi također Farinacci, *supra* bilješka 69, Lib. 1, tit. 5, qu. 38, str. 603.

⁹⁷ Carpov, *supra* bilješka 3, qu. 118, br. 87-92.

Ipak, kao što smo već primijetili, ti imuniteti nisu bili apsolutni. Prestajali su se primjenjivati kada su osobe s dostojanstvom osumnjičene za kaznena djela s primjesama visoke politike ili kaznena djela koja se smatralo jedinstveno opasnim za vlast. U nekim zemljama imuniteti su također bili neprimjenjivi, obično nakon posebnog dopuštenja visoke vlasti, kada bi dostojanstvene osobe bile osumnjičene, kao što je Guido bio, da su počinile nekoliko posebno nabrojenih „neizrecivih nedjela“ (*crimina infanda*) koja su pripadala običnom kriminalitetu.⁹⁸

U Francuskoj zakonski zajamčene iznimke od torture pale su u nemilost već u šesnaestom stoljeću, *pari passu* sa širenjem političkih teorija prema kojima su svi pripadnici društva postrojeni na pravno nediferenciran način ispod vladara kao njegovi podanici (*subditi*).⁹⁹ Usprkos tome, društveni privilegij nastavio je igrati ulogu, tako da je mučenje osobe koja je pripadala višim društvenim slojevima ostalo rijedak događaj za vrijeme *ancien régime*. Kada se taj događaj zbio, kazneno djelo o kojem je bila riječ bilo je tako teško da se imuniteti od torture ne bi primjenjivali čak ni po starim izričitim izuzecima. Također je važno da su osobe iz više klase bile stavljane na torturu tek nakon što se sud uvjerio u njihovu krivnju, tako da su bolna ispitivanja preobražena u vrstu prethodne kazne.¹⁰⁰ Za razliku, pojedinci niskog društvenog stanja bili su podvrgnuti torturi češće i s puno manje dokaza.

Daljnijim zamagljivanjem socijalnih razlika u osamnaestom stoljeću, prosvjetiteljska kritika okrenula se protiv torture. Manje je poznat istodobni napad iz pravne struke na izuzeća viših slojeva od nje. Mnogi pravnici smatrali su torturu nepoželjnim, ali nužnim instrumentom otkrivanja istine, te su prosvjedovali samo protiv njezine gotovo isključive uporabe na „pučanima“. Plemeniti status pojedinca, tvrdili su, ne bi trebao biti pokriće za njegovu nezasluženu nekažnjivost.¹⁰¹ Mogućnost da bi tortura – ako bude zadržana – postala zaista opći procesni institut prestala je biti nerealna, pa su se viši društveni slojevi mogli lakše prepoznati u okrivljeniku na mukama. Kako se često događa u tijeku procesne povijesti, kada elite osjete opasnost izlaganja brutalnim procesnim instrumentima namijenjenima nižim društvenim redovima, dani tih instrumenata su odbrojeni. Nije stoga čudo da je poziv

⁹⁸ Carpov, *id.*, br. 87-92.

⁹⁹ Vidi WILLIAM F. CHURCH, CONSTITUTIONAL THOUGHT IN SIXTEENTH CENTURY FRANCE, 242. (1941.).

¹⁰⁰ Vidi npr. opis progona markiza de Cinq-Marsa, u: J. IMBERT, QUELQUES PROCES CRIMINELS DES XVII ET XVIII SIECLES, 77.-100. (1964.). Vidi također slučaj gđe De Brinwillier optužene za ubojstvo roditelja i braće trovanjem. 1 GAYOT DE PITAVAL, CAUSES CELEBRES ET INTERESSANTES, 203. (J. Neualme ed., Haag, 1765.).

¹⁰¹ *Nobilitas non debet esse pallium iniquitatis*. Vidi MATHIA BODO, JURISPRUDENTIA CRIMINALIS SECUNDUM PRAXIM ET CONSTITUTIONES HUNGARICOS, čl. 29., br. 10 (J. M. Landerer, Pisonii, 1751.).

prosvjetiteljskih aktivista na zabranu torture kao legitimne tehnike prikupljanja dokaza prihvaćen u značajnim segmentima gornje društvene klase, pretvarajući ga u katalizator u odbacivanju tog okrutnog procesnog instrumenta čak i prije nego se oglasilo zvono za uzbunu Francuske revolucije.

ZAKLJUČAK

Što proizlazi iz prethodnih stranica? Iako će neki čitatelji biti u iskušenju da tako misle, one nisu zamišljene da budu apologija kaznenom postupku *ancien régimea*. Taj postupak zaslužuje pokudu iz više razloga, sasvim neovisno o aureoli okrutnosti koja okružuje dozvolu sudske torture. Ono što je potaknulo našu raspravu bila je želja ispraviti povijesni zapis i pokazati da čak i ovaj odvratni postupak nije bio lišen smislenih jamstava obrane. Pravila proizašla iz zahtjeva *citatio-defensio* jasno otkrivaju osjećaj da javna vlast ne može izricati kazne, a da ne daje okrivljenicima prilike da se brane. Uzimajući u obzir da se pojavila u kasnom srednjem vijeku, nasuprot interesu nositelja moći koji su težili nesputanoj provedbi zakona, ta pravila zaslužuju da ih se smatra izvanrednim dostignućem predmoderne pravne misli, a ne da budu obezvrijeđena zbog procesnog okružja čiju su brutalnost trebala ublažiti. Stvarajući ih, srednjovjekovni i rani moderni pravници nadali su se uplesti prinčeve i njihove službenike u mrežu pravnih normi. Tvrdeći pak da ta pravila potječu iz izvora nadređenih svim zemaljskim vlastima, mogli su tvrditi, ponekad vrlo hrabro, da te norme ne vežu samo redovite kaznene suce, nego čak i najviše svjetovne i crkvene moćnike. Sličnost između njihovih napora da utemelje jamstva obrane u prirodnom i božjem pravu i naših sadašnjih napora da ih utemeljimo u transcendentnim ljudskim pravima može se teško osporiti.

Naravno, mreža koju su ispleli drevni pravници nije bila dovoljno snažna da ograniči nositelje moći i njihova tijela kaznenog progona kad su uložili visoki. Vidjeli smo eroziju standardne pravne zaštite u progonu kaznenih djela koja je uspostavljeni poredak smatrao najvećom prijetnjom. Ali ne bismo trebali biti prestrogi u osudi tog odstupanja od normalnih oblika pravosuđa. Iskušenje da ih se napusti ili zaobilazi može se susresti čak i u današnje vrijeme – iako u vrlo različitom političkom i moralnom kontekstu, i to kad se neki tipovi kriminalnih aktivnosti čine posebno opasnim za uspostavljeni poredak. Gdje je nekoć ovu kušnju izazivao velik strah od čarobnjaštva, danas ju donosi prijetnja terorizma. U redovitim kaznenim predmetima, međutim, a osobito ako je počinitelj pripadao gornjim društvenim slojevima, pravila koja su potjecala od zahtjeva *citatio-defensio* nisu bila bez utjecaja na život prava.

Pretpostavimo, međutim, da jednog dana arhivska istraživanja utvrde da je pravna zaštita koju smo ocrtili bila samo ukras prava u knjigama. Čak i u tom slučaju ta zaštita ne bi zaslužila zaborav. Ostala bi korisna kao ispravak

vladajuće priče o razvoju ideje pravičnog postupka na Zapadu.¹⁰² Po toj priči, Engleska figurira kao jaslice pravičnog postupka od dana *Magna Carta*. Kao što smo, međutim, vidjeli, osnovna jamstva obrane bila su upadljivo odsutna iz engleskog kaznenog postupka tijekom većine života *ancien régimea*. Profinjene pravne ideje, poput isključenja nezakonitih dokaza, bile su ili nepoznate tom postupku ili su ih *common law* sudovi odbacivali. Na kontinentu su, naprotiv, mnoge takve ideje pripadale intelektualnoj opremi obrazovanih kaznenih pravnika. Najvažnija je pravna zasluga engleskog kaznenog postupka od trinaestog do osamnaestog stoljeća da je sačuvao i transformirao ranosrednjovjekovne oblike popularnog sudjelovanja u optuživanju i konačnom odlučivanju, dokazujući time skriveni potencijal tvrdoglavog održavanja zastarjelog. Politička privlačnost tog popularnog unosa – a ne nedovoljno poznati detalji stvarnog funkcioniranja engleskog kaznenog postupka – ponukala je francuske revolucionare da presade velike i male porote na kontinentalno tlo u posljednjim godinama osamnaestog stoljeća.

Engleska je preuzela vodeću ulogu u razvoju procesnih mehanizama koji se brinu za interese okrivljenika tek u liberalnoj klimi devetnaestog stoljeća. Tek tada je izraz „pravičan postupak“ ušao u široku uporabu.¹⁰³ Tek tada su u Engleskoj bljesnule iskre i proizvele svjetlo koje je utrlo put našem sadašnjem razumijevanju pravičnog postupka (*due process*) i procesne pravičnosti (*procedural fairness*). A tek u dvadesetom stoljeću to je razumijevanje, zračeći sada i iz drugih zemalja engleske pravne tradicije, počelo sjati kao svjetionik za kontinentalne reformatore kaznenog postupka.

Summary

THE QUEST FOR DUE PROCESS IN THE AGE OF INQUISITORIAL PROCEDURE

The article (a translation from the AJCL Vol. LX, No.4) attempts to demonstrate that even the ill-famed criminal process of the ancient regime was in most of its variations not devoid of provisions we would nowadays classify as defensive safeguards. Some of these provisions were exalted at the time as emanating from divine and natural law -- that is, from sources superior to all terrestrial powers. As a result, these provisions were supposed to bind not only ordinary judges, but also the highest secular and ecclesiastical authorities. Certain aspects of this procedural regulation were quite exigent and sophisticated, especially those concerning the disclosure of incriminating evidence to the defendant. The breach of these and many other provisions

¹⁰² Za neke od glasova koji osporavaju vladajuću priču vidi npr. Gino Gorla, *supra* bilješka 1, na 676., i Kenneth Pennington, *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of Ordo Iudiciarius*, 9 RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMUNE, 9., 46. (1998.).

¹⁰³ Vidi Ian Langford, *Fair Trial: The History of an Idea*, 8 HUMAN RIGHTS JOURNAL, 37., 46. (2009.).

was threatened with the rejection of evidence obtained by the breach. Even evidence derived from the one improperly obtained was supposed to be a “nullity” and thus inadmissible.

Despite the blemish of judicial torture -- a blemish that keeps the criminal process of the ancien regime rightly under a cloud of disrepute -- this ancient process displayed in some of its aspects an unexpected sensitivity to humanistic concerns. These concerns were absent only in regards to the prosecution of crimes regarded as being of utmost gravity, or as presenting the greatest danger to the established social order. The cardinal sin of these early precursors of our present day procedural safeguards was not that they were crude or irrelevant in practice, but that they were reserved for defendants belonging to the upper classes of society, protecting only them from the repressive measures and the brutality of procedural authorities.

The author illustrates the actual invocation and implementation of a species of these procedural safeguards on a sixteenth century Italian case of murder for hire, a case in which one of the most famous continental specialist on criminal procedure, Prospero Farinacii, delivered an expert opinion (*consilium*) for the defense. The article includes a side-glance on the English administration of criminal justice from the twelfth to the eighteenth centuries, a side-glance suggesting that England assumed the leading role in procedural arrangements solicitous of defendant's interest only in the liberal climate of the nineteenth century.