

Zlata Đurđević*

MIRJAN DAMAŠKA, DOKAZ KRIVNJE: OD RIMSKO-KANONSKOG DO SUVREMENOG PRAVA

Školska knjiga, Zagreb, 2021.

“Dokaz krivnje: od rimsko-kanonskog do suvremenog prava“ četvrta je monografija jednog od najvećih hrvatskih pravnih umova te svjetski najpriznati-
tiji hrvatskog pravnog znanstvenika današnjice *sterling* profesora *emeritusa*
Pravnog fakulteta Sveučilišta Yale, a prethodno redovitog profesora Pravnog
fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, dr. sc. Mirjana Damaške. Djelo je proisteklo
iz znanstvenog hobija, kako sam autor u predgovoru označava svoje cjeloži-
votno znanstveno izučavanje procesne povijesti, no kada je riječ o eruditu s
preciznom znanstvenom pravnom misli velike intelektualne snage, rezultat je
kapitalno djelo koje predstavlja obveznu literaturu za poredbenopravne i ka-
znenopravne znanstvenike.

Knjiga “Dokaz krivnje: od rimsko-kanonskog do suvremenog prava“ Da-
maškin je *opus summum*, u koji je ugradio svoje polustoljetne spoznaje o po-
vijesti i suvremenosti dokaznog prava dvaju glavnih pravnih sustava u svijetu:
kontinentalnog i anglo-američkog. Knjiga ima nekoliko značajki koje otkrivaju
njezino posebno mjesto u autorovoj znanstvenoj publicistici, kao i u hrvatskoj
pravnoj povijesti. Prvo, nije riječ se o pukom prijevodu knjige “*Evaluation of
Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*“, koju je objavio *Cambridge
University Press* 2019. godine. Kako je sam autor naveo u predgovoru, riječ je
o preradi i slobodnom prijevodu engleskog izdanja, u kojem je temu sudačke
slobode u utvrđivanju činjenica obradio na svome materinskom jeziku, uzevši
u obzir istraživanja u hrvatskoj pravnoj povijesti. Stoga knjiga pred nama ima
drugačiju strukturu, drugačiju povijesnu sistematizaciju, kao i dijelom druga-
čiji sadržaj od engleskog originala. Ono što je odmah vidljivo jest da je engle-
sko izdanje strukturirano u trinaest poglavlja, uključujući prolog i epilog, dok
hrvatsko izdanje ima tri glave, koje slijede razdoblja kaznenoprocenog prav-

* Dr. sc. Zlata Đurđević, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Pri-
kaz je dio pogovora knjige koji je napisala autorica prikaza za izdanje koje će objaviti Školska
knjiga.

ne povijesti: I. Rimsko-kanonski sustav ocjene dokaza, II. Suvremeni sustavi ocjene dokaza i III. Epilog.

Razlike u naslovima i strukturi sadržaja govore nam da je autor u hrvatskom izdanju knjige zamijenio američku povijesnopravnu periodizaciju s europskom. Damaška u engleskom izdanju, kako je navedeno i u njegovu naslovu, razlikuje predmoderni i moderni pristup. U američkoj pravnoj povijesti razlikuje se predmoderni pristup u razdoblju kasnog srednjeg vijeka; rano moderno razdoblje, koje započinje s novim vijekom u XV. stoljeću; te moderno razdoblje od kasnog XVIII. i XIX. stoljeća. U hrvatskoj pravnoj povijesti novi vijek, koji obuhvaća razdoblje od 1492. do 1918., ne označava se kao rano moderno niti moderno vrijeme, već se modernim ili suvremenim vremenom smatra razdoblje XX. i XXI. stoljeća. Pojam ranog modernog razdoblja nije uobičajen kao povijesno razdoblje u Hrvatskoj, pa se razdoblja američke pravne povijesti ne poklapaju s hrvatskim. Kako bi olakšao povijesno kontekstualiziranje dokaznog prava, autor je u hrvatskom izdanju podijelio strukturu knjige na dva glavna sustava ocjene dokaza: rimsko-kanonski i suvremeni. Rimsko-kanonski sustav vezane ocjene dokaza razvio se u okviru inkvizitornog kaznenog postupka, koji je vladao europskim kontinentom od XIII. do XIX. stoljeća, a čiji je funkcionalno složeniji oblik uveden u XVII. stoljeću. Suvremeni sustav ocjene dokaza odnosi se na zabacivanje rimsko-kanonskog dokaznog sustava i uvođenje slobodne ocjene dokaza na kontinentu u XIX. stoljeću, a u Francuskoj krajem XVIII. stoljeća te oblikovanje engleskog dokaznog prava u otprilike istom periodu, kasnom XVIII. i XIX. stoljeću. Promijenjena povijesna perspektiva odrazila se i u naslovu hrvatskog izdanja, u kojem je predmoderni i moderni pristup ocjeni dokaza zamijenjen s ocjenom dokaza od rimsko-kanonskog do suvremenog prava. Također, u SAD-u dokazno se pravo predaje zajednički za kazneni i građanski postupak, međutim u Hrvatskoj se radi o odvojenim procesnim pravilima, koji ne samo da vrijede u odvojenim sudskim postupcima, kaznenom i građanskom, već i pripadaju zasebnim znanstvenim disciplinama. Radi preciznijeg određenja predmeta proučavanja bilo je bitno u naslovu knjige naglasiti da je riječ o ocjeni dokaza u kaznenom postupku. Stoga je “ocjena dokaza“ u naslovu engleskog izdanja zamijenjena s “dokazom krivnje“.

Sadržajne izmjene vezane su i za ugrađivanje rezultata ovog povijesnog istraživanja u djela najvećeg hrvatskog povjesničara kaznenog procesnog prava Vladimira Bayera. Akademik Vladimir Bayer napisao je povijest kaznenog procesnog prava u knjizi koja je objavljena još 1943. godine,¹ daleko prije nego je na Katedru kaznenog procesnog prava primio Damašku. Kako je akademik Davor Krapac naveo u objavi reizdanja 1995. godine, riječ je o jedinom djelu

¹ Bayer, Vladimir (1943) Kazneno postupovno pravo, Knjiga I, Zagreb.

u hrvatskoj literaturi kaznenog procesnog prava XX. stoljeća koje sustavno obrađuje postanak našeg kaznenog postupka počevši od korijena u rimskom i kanonskom pravu preko srednjovjekovnoga germanskog prava do modernih pravnih izvora.² Ta nam spoznaja govori da je za Damašku knjiga koja je pred nama puno više od rezultata znanstvenog istraživanja, ona predstavlja njegov povratak u intelektualnu kolijevku iz koje je potekao.

Damaška se susreo s pravno-povijesnim kosturom svojeg istraživanja moguće još tijekom studija, a sigurno kao asistent Vladimira Bayera. Bayerov rad nije odškrinuo, već je širom otvorio vrata nezadrživom znanstvenom zanosu prema pravnoj povijesti koji se krio u Damaški. Sam je ustvrdio: “Bayer me je inspirirao da gledam stvari u korijenu (...) i kroz njega sam razvio ljubav prema povijesnom istraživanju.”³ A izjava u kojoj znanstvenik s iznimno bogatom bibliografijom u poredbenom procesnom pravu, dokaznom pravu i međunarodnom kaznenom pravu kaže: “čini mi se da sam uživao pišući o povijesti više nego pišući o bilo čemu drugom”⁴ otkriva intrinzičnu povezanost Damaške i Bayerovih povijesnih istraživanja. Bayerovoj literaturi o povijesti i teoriji kaznenog procesnog prava Damaška se vratio ovom knjigom potvrdivši Bayerova stajališta o povijesnim razdobljima, razvoju i obilježjima dokaznog prava od rimsko-kanonskog do suvremenog kaznenog postupka u kontinentalnoj Europi, o vezanoj i slobodnoj ocjeni dokaza, o osudi temeljem suglasnih iskaza dvaju bespriječnih svjedoka očevidaca, o pozitivnoj i negativnoj zakonskoj dokaznoj teoriji, o izvanrednoj kazni i otpuštanju ispod suđenja. Obojica pišu o torturi kao pravno uređenom dokaznom sredstvu s jamstvima protiv zlopotreba i o dokaznim pravilima za racionalizaciju priznanja na torturi, kao što je obveza objektivne provjere iskaza. Smatraju da je tortura sa spoznajnog stajališta bila uređena na način da je omogućavala utvrđivanje istinitih činjenica, iako upozoravaju da objektivno provjeravanje priznanja na torturi nije uvijek bilo moguće.⁵ Za navedene zaključke trebalo je zaobići moralne imperativne suvremenog doba o apsolutnoj neprihvatljivosti torture i znanstveno joj pristupiti kao povijesnom dokaznom sredstvu u kaznenom postupku. Izlišno je i spominjati da je obojica znanstvenika smatraju neprihvatljivom zbog nehumanosti, okrutnosti, sakaćenja i kažnjavanja prije osude. Kao vrstan latinist,

² Bayer, Vladimir (1995) Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, Predgovor priređivača, V.

³ Langer, Máximo (2008) Interview with Mirjan Damaška, u: John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers (ed) Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška, 415–438, 421.

⁴ Ibid.

⁵ V. Bayer, Vladimir (1995) Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, 69. U ovoj knjizi III. 3. Hijerarhija vrijednosti dokaza, dokazna vrijednost iznuđenog priznanja, gdje Damaška navodi dvije skupine pravila koja su počivala na bezvrijednim spoznajnim pretpostavkama.

poput Bayera, Damaška je proučio i iste povijesne izvore srednjovjekovnih i novovjekovnih pravnih pisaca u originalnim tekstovima. Stoga iz perspektive zagrebačke škole kaznenog procesnog prava ovo djelo, u kojem Damaška nastavlja, obogaćuje i razrađuje istraživanja svog profesora i mentora te ga produbljuje otkrivanjem novih spoznaja, predstavlja *hommage* Vladimiru Bayeru i njegovu doprinosu hrvatskoj pravnoj povijesti.

Damaškino znanstveno ishodište je teza o vezanosti suca u inkvizitornom kaznenom postupku dokazima suprotno subjektivnom uvjerenju o njihovoj snazi. Bayer je smatrao da je prema pozitivnoj zakonskoj dokaznoj teoriji “sudac morao osuditi, ako su protiv okrivljenika predloženi zakonom propisani dokazi, bez obzira na to što je on možda u dubini svoje savjesti bio uvjeren da okrivljenik nije kriv”.⁶ To je bila znanstvena niša koju je Damaška otkrio i kroz nju unio sve blago iz osobne škrinje znanja, sakupljano višedesetljetnim povijesnim istraživanjima daleke pravne prošlosti srednjeg i novog vijeka, sačinjeno od brojnih novih povijesnih izvora, teorija i stajališta najistaknutijih pravnih povjesničara u svijetu, suverenog poznavanja kontinentalnog, kao i angloameričkog dokaznog prava, eruditske razrade materije i lucidnih zaključaka. Stoga je nesporno da je i iz tog aspekta objava ove knjige na hrvatskom jeziku bila nužna. Ona nije samo povijesni dragulj iz bogate riznice svjetski priznatih znanstvenih eksponata Mirjana Damaške već predstavlja i izvorni doprinos razvoju znanstvene hrvatske pravno-povijesne misli od Bayera do Damaške.

Dotatna vrijednost knjige u XXI. stoljeću jest to što su povijesna istraživanja u daleku prošlost srednjeg i novog vijeka u Hrvatskoj, a i šire, danas rijetka, osobito među profesorima pozitivnopravnih predmeta, kao što je to bio Damaška. Zbog diversifikacije i ekspanzije sadržaja znanstvenog područja kaznenog procesnog prava i galopirajućeg razvoja i umnažanja međunarodne regulative i judikature, koju pravni znanstvenici moraju pratiti, oni se rijetko, ako i uopće, stignu baviti pravnom poviješću. Povijesna istraživanja vratila su se u krilo matične grane, pa ih sada provode pravni povjesničari. Bez namjere oduzimanja čitateljima užitka samostalnog promišljanja ovog kaznenoprocenog povijesnog remek-djela, prikaz završavam kratkim osvrtom na njegove temeljne postavke i zaključke.

Pravo, a osobito kazneno pravo, ima duboke korijene u ljudskom razumu i utvrđivanju istine kao univerzalnim i bezvremenskim vrijednostima u ljudskom društvu i civilizaciji. Stoga su tvrdnje da su prema rimsko-kanonskim dokaznim pravilima suci morali utvrđivati formalnu istinu, odnosno cijeniti činjenice suprotno svojim osobnim spoznajama i uvjerenjima, a koje su prema

⁶ Bayer, Vladimir (1995) Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, 95.

Damaški bila široko prihvaćene među pravnim povjesničarima 19. stoljeća,⁷ pobudile su mu sumnju u njihovu epistemološku ispravnost. Svojom sposobnošću uranjanja u izvore, shvaćanja, vjerovanja i razumijevanje stvarnosti i društva pravnika srednjeg i novog vijeka dokazao je da se spoznajne predodžbe ljudi tog vremena nisu značajno razlikovale od naših predodžbi.⁸ “Velik jaz između suvremenih pravnika i pravnika kasnog srednjeg vijeka u pogledu pribavljanja okrivljenikova iskaza zjapi samo u pogledu stava prema torturi i sličnim brutalnim povredama osobne autonomije i ljudskog dostojanstva“⁹, ali ne u odnosu na utvrđivanje istine u sudskim postupcima. Damaška se pritom upustio u polemiku ne samo s Bayerom već i s drugim velikim pravnim historičarima, kao što su primjerice John Langbein, vodeći autoritet povijesti *common lawa* i Damaškin kolega s Yalea, francuski povjesničari Adhémar Esmein iz XIX. stoljeća i Jean-Philippe Lévy iz XX. stoljeća ili suvremenici Belgijac Raoul Van Caenegem, Talijan Piero Fiorelli, Amerikanka Barbara Shapiro i Njemica Susanne Lepsius.

Damaška je podvrgnuo preispitivanju propise i praksu inkvizitornog kaznenog postupka od XIII. do XIX. stoljeća i demantirao postojanje dihotomije u sustavima vezane i slobodne ocjene dokaza u odnosu na slobodu sudačkog subjektivnog uvjerenja o snazi dokaza. Pokazao je da dotadašnja povijesna analiza dokaznog prava i utvrđivanja činjenica u inkvizitornom postupku nije bila dovoljno analitički istančana. Moderno doba, hipnotizirano neshvatljivom i odbojnom idejom o pravom vezanoj ocjeni dokaza, zaboravilo je na jedan od temeljnih elemenata dokazivanja u sudskim postupcima.

Dvije su sposobnosti imanentne suđenju i primjeni pravne norme u sudskom postupku. Jedna je primjena prava, a druga ocjena dokaza radi utvrđivanja činjenica – *da mihi facta, dabo tibi ius*. Jedna pripada u područje pravnog znanja, pravne edukacije i pravne specijalizacije. Druga, utvrđivanje činjenica ocjenom dokaza, jest sposobnost imanentna svim ljudima bez obzira na njihovo obrazovanje i struku, jer se temelji na ljudskom razumu, zakonima logike i općeljudskom iskustvu, odnosno ljudskim sposobnostima stvaranja spoznajnih predodžbi, racionalnih zaključaka na temelju percipiranih pojava oko nas. Potrotni sud kao skup pravnih laika utjelovljuje suđenje ocjenom dokaza. Ono što Damaška dovodi u pitanje nije rimsko-kanonsko pravo, nisu procesna pravila o dokazivanju krivnje u inkvizitornom postupku potpunim dokazom (*probatio plena*), već sloboda koju je sudac imao pri rješavanju činjeničnih pitanja. U odnosu na potpuni dokaz pribavljen suglasnim iskazima dvojice pravno besprije-kornih svjedoka očevidaca, Damaška se pita ima li sudac u tom slučaju pravo

⁷ V. u knjizi V.2. Ocjena dokaza po sudskom vijeću o uvjerenju u procesnoj literaturi 19. stoljeća.

⁸ Ibid. III.4. Zaključak

⁹ V. u knjizi III. 4. Zaključak, str. 57.

na slobodnu ocjenu njihove vjerodostojnosti i istinitosti, ili im mora vjerovati jer im je iskaz suglasan i shodno tome donijeti osuđujuću presudu? Odnosno: pita se jesu li izvođenje i ocjena dokaza mehanički procesi ili uključuju sudački razum i savjest? Jer izricanje teških (kao i lakih) kazni na temelju iskaza osoba kojima sudac nije povjerovao nije samo pitanje razuma već i morala i savjesti. Stoga se zahtijeva da *in criminalibus probationes debent esse luce clariores*, a pitanje je vrijedi li i u inkvizitornom kaznenom postupku standard da u kaznenim predmetima dokazi moraju biti jasniji od sunca.

Nakon čitanja ove knjige odgovor je jednoznačan i glasi da “sudac nije bio prisiljen osuditi okrivljenika protivno osobnom uvjerenju”.¹⁰ Damaška nam predočava pregršt argumenata u prilog tezi da je pozitivna dokazna teorija sadržavala *arbitrium*, odnosno “znatan prostor za sudačku diskreciju”,¹¹ te da rimsko-kanonski dokazni sustav nije “pretvorio suce u automate koji su mehanički primjenjivali pravila o vrijednosti dokaza.”¹² On dokazuje da su suci raspravljali o proturječnim, lažnim i istinitim iskazima i priznanjima, o svjesnim i nesvjesnim lažima, da su primjenjivali ne samo logičku već i psihološku ocjenu dokaza, provjeravali istinitost priznanja, da su poznavali različite psihološke stupnjeve utvrđivanja činjenica etc.

Damaška je napravio i korak dalje u rehabilitaciji rimsko-kanonskog dokaznog prava ukazavši na humani aspekt pozitivne dokazne teorije, koji se očitovao u zabrani izricanja teških kazni u slučajevima nepostojanja potpunog dokaza, odnosno suglasnog iskaza dvojice svjedoka ili zakonito pribavljenog i provjerenog priznanja na torturi, što, kaže sam autor, zvuči kao oksimoron.¹³ Kako bi se osigurala učinkovitost kaznenog postupka zaobilaženjem strogog rimsko-kanonskog standarda potpunog dokaza, po kojem je *testis unus* bio *testis nullus* usprkos postojanju drugih dokaza i indicija, stvoreni su instituti izvanredne kazne i međupresude *absolutio ab instantia*, čiji razvoj i primjenu Damaška detaljno prikazuje.

U drugom, pozitivnopravnom dijelu knjige Damaška ispituje ispravnost teze o dijametralnoj suprotnosti ocjene dokaza u inkvizitornom kaznenom postupku i modernim kaznenim postupcima na europskom kontinentu i u anglo-američkoj pravnoj tradiciji. Utvrđuje da je nasuprot uvriježenom vjerovanju u procesnoj stvarnosti došlo do konvergencije zakonske i slobodne ocjene dokaza te da ocjena dokaza nije niti u jednom od proučavanih sustava potpuno vezana pravom niti potpuno slobodna od pravnih pravila. Kao evidentan primjer iz suvremenog prava navodi pravila o zakonitosti dokaza. Zaključuje: “Na skali koja vodi od ekstrema pravom vezanog do krajnosti pravom nevezanog

¹⁰ Str. 11.

¹¹ Str. 32.

¹² Str. 155.

¹³ Str. 54.

utvrđenja činjenica, rimsko-kanonski i suvremeni režimi teže prema sredini kontinuuma.¹⁴

Epilog sadrži autorovu ocjenu sudbine negativnih dokaznih pravila u suvremenom pravu i u budućnosti. Njegovim riječima: »Pomno izabrana i ne pretjerano zahtjevna negativna dokazna pravila mogu pružiti učinkovito jamstvo protiv olako donesenih, brzopletih ili arbitrarnih osuda.«¹⁵ Suvremena znanost i tehnologija u odnosu na brojne pravno relevantne činjenice sužava ili čak negira prostor za sumnju u njihovo (ne)postojanje, što otvara pitanje ispravnosti potpuno slobodne sudske ocjene dokaza. Kao primjer navodi tehnologiju DNA, kojom je u SAD-u otkriven velik broj pogrešnih osuda utemeljenih na kategorički nesigurnim dokazima, kao što su priznanja i iskazi svjedoka.¹⁶ S obzirom na to da negativna dokazna pravila ne nalažu sucu da utvrdi krivnju protivno svom uvjerenju, već mu zabranjuju osudu ako tom uvjerenju nedostaje “*imprimatur znanosti*“¹⁷ ona su sukladna suvremenim etičkim, pravnim i političkim postulatima. Stoga predviđa da će se ponovno kao u rimsko-kanonskom pravu u području sudske ocjene dokaza i utvrđivanja činjenica uspostaviti negativna dokazna teorija, prema kojoj će osuda biti moguća samo uz postojanje određenog znanstveno utemeljenog dokaza.

Respice, adspice, prospice Damaškin je postulat i poučak ove knjige, koja rasvjetljava pravnu zbilju u prošlosti te pridonosi razumijevanju sadašnjosti i oblikovanju budućnosti. Damaškine radove treba čitati jer sadrže trajne istine, koje ne poniru samo u prošlost i ne razotkrivaju sadašnjost, već će postajati sve značajnije za buduće generacije,¹⁸ a mi mu možemo zahvaliti što se u devedesetoj godini života upustio se u težak pothvat samostalnog prevođenja i prilagodbe svoje knjige za hrvatsku publiku te time dao izniman doprinos hrvatskoj znanosti kaznenog procesnog prava i pravne povijesti.

¹⁴ Str. 212.

¹⁵ Str. 215.

¹⁶ Str. 225.

¹⁷ Str. 232.

¹⁸ V. Harold Hongju Koh (2008) Mirjan Damaška: A Bridge Between Legal Cultures, u: John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers (ed) *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, 29–48, 33; Ackerman, Bruce (2016) *My Debt to Mirjan Damaška*, u: Bruce Ackerman, Kai Ambos i Hrvoje Sikirić (ed) *Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška*, 17–21, 20.