

ARSEN M. BOREMOVIĆ
ZAMENIK DRŽAVNOG TUŽIOCA — TRAVNIK



УДБ. Бр.
912

PRAVO BRANILACA U PRIPREMNUM POSTUPKU

Posebni otisak
iz
SPOMENICE KONGRESA PRAVNIKA

BEOGRAD
1935



STAMPARIJA I KNJIGOVEZNICA „PRIVREDNIK“
ŽIV. D. BLAGOEVIĆA - KN. MIHAILOVA III, 3

BEOGRAD
ŠTAMPARIJA I KNJIGOVEZNICA „PRIVREDNIK“
ŽIV. D. BLAGOEVIĆA - KN. MIHAILOVA III, 3
1935

...u stvari, to je samo jedna od mnogobrojnih stvari koje su se dogodile u prošlosti i koje su se ponavljale u budućnosti. ...

Prava branilaca u pripremnom postupku

1. Etiološko-dogmatički položaj odbrane u krivičnom postupku uopšte.

Kako s pravom kaže prof. Dr. Marković, — »istorija krivičnog postupka u stvari jeste istorija pitanja o strankama i njihovom položaju. Celokupno uređenje i forma krivičnog postupka zavisi od toga, ima li stranaka i od položaja koji zauzimaju.«¹⁾ Stoga je potrebno da se prethodno upoznamo sa razvojem pitanja o strankama uopšte, a okrivljenika i njegovog branioca ponaosob, u njegovoj istorijskoj perspektivi, ako želimo da ispravno shvatimo i pravilno rešimo postavljeni problem.

Otkad se je uvidelo da je u organizovanom ljudskom društvu održavanje pravnog poretka moguće samo tako, ako državi pripadne isključivo pravo kažnjavanja lica koja bi svojim postupcima ili propustima bilo kršili opšti red i mir, bilo protivpravno zadirali u interesne sfere pojedinaca, stvorilo se je ubeđenje o javno-pravnom karakteru krivičnih dela. Iz ovoga je neizbeživo rezultiralo da i samo otpravljanje pravosuđa ima da se vrši u ime države kao najviše čuvarice pravnog poretka, a skup norama kojima se reguliše odnošaj države prema pojedincima kao rušiocima toga poretka da se tretira kao javno pravo. Od ovoga tek vremena javljaju se u krivičnom postupku i stranke u pravom smislu te reči. Ali položaj i uloga stranaka u krivičnom postupku u svom istorijskom razvoju pretrpile su znatne promene.

1. U najstarijem rimskom procesnom pravu bilo je stranaka, što potpuno odgovara ondašnjim shvatanjima kako krivičnih dela tako i značaja pojedinih građana kao sastavnih delova državne celine a prema tome i njenog imperiuma. Povlačeći razliku između *crimina*, kao protivpravnih napada na opšte interese, i *delicta privata*, kao napada na interese pojedinaca, Rimljani su poznavali još jednu, prelaznu između ove dve vrste

¹⁾ »Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije od Dr. Božidara Markovića, profesora na Beogradskom Univerzitetu.

krivičnih dela, formu protivpravnih napada u obliku t. zv. *delicta popularia*. Dok su crimina kao najteža forma javnopravnih povreda bazirala na strogom načelu oficijalnosti postupka i bila ugrožena javnom kaznom, kao sretstvom zaštite opštih interesa, *delicta privata* smatrana su kao obična povreda privatnih interesa pojedinaca pa kao takva i bila ugrožena samo privatnom kaznom, kojom se je išlo za tim da se zadovolje ovi interesi ekvivalentno njihovoj povredi. Dosledno ovome *delicta privata* bila su predana u nadležnost građanskih sudova kao obične građanske parnice, što su ti *delicti* u stvari i bili. Drugačije pak tretirana su *delicta popularia*. Kod njih se je radilo o onoj vrsti pravnih povreda, koje se primarno javljaju, doduše, kao napad na privatno dobro pojedinaca, ali takav napad koji je u opštem interesu ugrožen javnom kaznom, a i sam postupak zbog tog napad pokretan je u opštem interesu. Kao tužilac po ovim deliktima mogao a imorao je da bude svaki građanin (*quivis ex populo*) kao čuvar pravnog poretka kako u svom ličnom tako i u opšte državnom interesu (*actio popularis*). Razumljivo je, da kada se je svakom građaninu dalo gotovo neograničeno pravo optužbe protiv pojedinih krivaca, moralo se je onda ovim potonjim da se prizna pravo na odbranu. Krivični postupak javlja se u ovom slučaju kao spor, koji se vodi između tužioca i okrivljenika, a rešava ga sud kao predstavnik više državne vlasti, a koji kao takav uzdiže se iznad stranaka. Sama pak presuda u ovakvom kontradiktornom postupku nije ništa drugo do emanacija državne volje kao vrhovnog čuvara pravnog poretka da se izvesni pravni odnosi regulišu na način kako to odgovara opštim državnim interesima, a u smislu i na način kako to državna vlast određuje pomoću svojih zakona. Dakle, najkarakterističnije crte rimskog krivičnog postupka, s obzirom na stranke kao učesnice u tom postupku, jesu: akuzatornost (optužno načelo), kontradiktornost i — kao logična posledica ove potonje — ravnopravnost stranaka. Kako je težište celoga postupka, s obzirom na usvojeno načelo javnosti, koje je tražilo da postupku može svaki pa i nezainteresovani prisustvovati, bilo preneseno na glavni pretres (*in iudicio*), zbog čega se je postupak i vodio početka pod vedrim nebom (*in foro*), to u prethodnom postupku (*in iure*) istaknuta načela i nisu dolazila do vidnoga izražaja, ali su ipak bila i tu zastupljena. U pogledu prava okrivljenika na odbranu u ondašnjem pripremnom postupku zaslužuje pažnje da optuženik (*reus*) morao da bude pozvan od strane pretora radi ispitivanja o predmetu tužbe, ali bio je oslobođen dužnosti javljanja te u ovom stadijumu postupka nije ni morao dolaziti na saslušanje. Priznanje optuženikovo nije oslobodavalo pretora od te dužnosti da odredi glavni pretres (*iudicium publicum*), u čemu se ogleda već i načelo materijalne istine. Stranke, dakle i optuženik, pri obrazovanju suda, koje se je vršilo izvlačenjem kocke prema posebnom spisku sudija za svaku narednu godinu, imale su pravo ne samo isključenja sudija prema tačno u zako-

nu predviđenim osnovama, no — šta više — čak i pravo izuzeća sudija bez navođenja za to razloga (t. zv. *peremptorio* ili *nemotivisano* pravo izuzeća).

Ovim napomenama u glavnom se i iscrpljuje položaj okrivljenika u odnosu na njegovo pravo odbrane u pripremnom postupku prema odredbama rimskog krivično-procesnog prava.

2. Posle rimskog prava, kroz srednjovekovni krivični postupak do recepcije rimsko-kanonskog prava pa kroz kanonski krivični postupak i — najzad — u recepiranom rimsko-kanonskom krivičnom postupku gube se postepeno tragovi akuzatornog načela s time da konačno ustupe svoje mesto načelu inkvizitorskom ili istražnom, koje je krajem Srednjega Veka zavládalo u svima državama na kontinentu Evrope.

Inkvizitorski postupak karakterističan je time što ne poznaje stranaka uopšte. Mesto tužioca zauzima sam sudija kao organ države, koja je jedino pozvana da se stara o pravnom poretku. U osobi sudije koncentrišu se jednovremeno funkcije i gonjenja i sudjenja. Prema tome u inkvizitorskom postupku sudija je taj koji i pokreće krivični postupak i isleduje stvar pa nju i presuđuje. Krivac je ovde samo objekat tog sudskog postupka pa zato i gubi svoja prava kao stranka, a među njima i najosnovnije svoje pravo — pravo na odbranu. O odbrani okrivljenika kao i o svemu inače u inkvizitorskom postupku stara se sam sudija.

Ovakav položaj stranaka uopšte, pa i okrivljenika, odgovara potpuno opštem shvatanju srednjovekovnog državnog uređenja, kao jedne apsolutističke ili policijske države, i pravnom položaju u njoj pojedinih građana. Poslednji su naime postepeno gubili svoje učešće u opštim državnim poslovima, a na njihovo mesto sve više stupala i jačala se je monarhistička vlast. Skoncentrisana i centralisana u osobi monarha ova je vlast sve državne poslove pa tako i pravosudne obavljala preko svojih organa, isključujući od toga građane. Dosledno tome sudija u inkvizitorskom postupku *ex officio* pokreće krivični postupak i ne čekajući ničije tužbe, te nije ničim ograničen u njegovom vođenju u svrhu iznalaženja sada već ne materijalne no samo formalne istine pomoću čitavoga sistema prinudnih zakonskih dokaza na bazi unapred usvojene presumpcije vinosti okrivljenika.

Jedini rudiment prvobitnog akuzatorskog načela nalazi se onda u Francuskoj u osobama najpre *procureurs du roi*, koji su kasnije, sa proširenjem delokruga njihovog rada, dobili novo ime — *ministère public*, iz kojih se je najzad definitivno razvila ustanova državnog tužništva u njegovom sadanjem obliku — *procureurs de la république*. Ali ni ova institucija javne optužbe, u tadanjoj njezinoj formi i u sklopu tadašnjih opštih prilika, nije mogla da bude od osetnog uticaja na položaj okrivljenika u krivičnom procesu. O kakvim pravima okrivljenika, a specijalno u smislu njegove odbrane i aktivnog učestvovanja u postupku, nije moglo biti ni reči sve dotle dok se pravna svest

evropskih naroda nije vratila starom poimanju okrivljenika kao stranke u krivičnom postupku.

Interesantno je zabeležiti, da nasuprot kontinentalnom sistemu u Engleskoj je uvek vladao pa i danas još neograničeno vlada sistem t. zv. narodne tužbe (*actio popularis*, *Popular-anklage*). Tamo svaki građanin bez razlike, baš kao i u Rimu *quivis ex populo*, može da podigne tužbu protiv okrivljenika. Taj sistem je, dakle, u suštini stari rimski postupak sa njegovim izrazitim akuzatornim načelom.

Isto tako i stari srpski krivični postupak bio je čisto optužni, jer sud tamo po službenoj dužnosti nije pozivao krivce na odgovornost, no ovo je činio sam oštećenik. Tako iz odredaba i stilizacije čl. 56, 66, 89, 175 i 182 Dušanovog Zakonika jasno se vidi, da oštećenik kao tužilac sam je pokretao krivični postupak i uopšte raspolagao krivicom.

Ali zato načelo materijalne istine bilo je ovde tek u povoju. Mesto njega bilo je sprovedeno načelo formalne istine, čije traženje uslovljavao je čitav sistem formalističkih dokaznih sretstava (zakletva, božji sud, svod, obličenje, priznanje), zasnovan na zakonskoj teoriji dokaza. Inkvizicioni postupak, sa većim ili manjim razlikama, izmenama i dopunama, već prema lokalnim prilikama, a u glavnim svojim linijama onakav kakvim ga je stvorio Srednji Vek, suvereno dominirao u Evropi sve do kraja XVIII stoleća, ili — još tačnije — do Velike francuske revolucije. Odonda pak počinje reforma krivičnog postupka u pravcu savremenih svatanja i zahteva.

3. Sa evolucijom državnog uređenja, u smislu proširenja učestvovanja u državnim poslovima većeg broja građana i sa većim obimom ovlašćenja, kao i sa napredovanjem individualizma u pravcu sve većeg oslobođenja i utvrđivanja ličnosti, — neizbežno je moralo doći i do reforme krivičnog postupka. Ovaj reformistički pokret je ojačao pod uticajem slobodoumnih teorija enciklopedista i sociologa-moralista, a naročito pod impresijom plamenih beseda, oštroumnih i jetkih pamfleta, naučnih traktata i ostalih spisa Voltera, Rusoa, Monteskijsa i Bekarija. Izvedenje reforme započeto je već od Konstituante još u godini 1789 završilo se je potpuno u Francuskoj tek u godini 1808 donošenjem *Code d'instruction criminelle*. Ovaj krivični postupak, kao uostalom i drugi ne manje značajni kodifikacioni radovi Napoleonovog doba, udario je temelje savremenom krivičnom postupku i drugih zemalja i naroda, te ga postavio (ili možda — vratio?) na humane i liberalne osnove.

U ovom postupku, kao i u svim savremenim krivičnim postupcima, dosledno su sprovedena načela javnosti, optužbe, kontradiktornosti, materijalne istine, neposrednosti, usmenosti i slobodnog sudijskog uverenja. Sva ova načela po prviput su se našla zajedno izražena u ovom postupku, iz kojega su kasnije ušla i u ostala krivična zakonodavstva na evropskom kontinentu. No polazeći valjda za primerom klasičnog rimskog po-

stupka, *Code d'instruction criminelle* preneo je celo težište postupka na glavni pretres, na kojem su tek dolazila do izražaja sva ta načela, dok je neopravdano zanemario pripremni postupak, ostavivši ga tajnim i pismenim te jako ograničivši kako samo učestvovanje tako i prava odbrane u ovom stadijumu postupka. Ali zato, verno svojim velikim tradicijama iz doba revolucije, francusko zakonodavstvo je i dalje prednjačilo na kontinentu u zavodenju liberalnih reformi, te koncem prošloga veka (1897 god.) nije se bojalo da učini istragu ne samo kontradiktornom, no da proširi u najvećoj meri i prava odbrane u njoj. Tako, braniocu okrivljenika ne samo što je dopušteno da prisustvuje već prvom ispitu svoga štićenika, no okrivljeniku je priznato i pravo da može uskratiti uopšte odgovor na postavljena mu od strane istražnog sudijske pitanja, ako pri tome nije prisutan i njegov branilac. Ovaj potonji ima nadalje pravo neograničenog opštenja sa okrivljenikom, bez ikakve kontrole od strane suda, kao i da razmatra sve istražne spise.

Na taj način Francuski krivični postupak u mnogome se je približio anglo-saksonskom sistemu, koji je nikao prvo u Engleskoj, a odavde se proširio i po drugim zemljama anglo-saksonske rase i kulture (naročito — Amerika). Spomenuli smo već, da Engleski krivični postupak oduvek je počivao na optužnom (akuzatorskom) načelu i nije nikada ni poznao inkvizitorskog. Ali ne samo to. Ovaj postupak proširuje opšta načela javnosti, usmenosti i kontradiktornosti i na prethodni stadijum izvidaia, koji ima ovde za cilj ne pripremanje dokaznog materijala za glavni pretres, već samo rešenje dvaju osnovnih pitanja: stavljanja okrivljenika pod sud i u pritvor. Shodno primljenim načelima optužbe i kontradiktornosti ovaj sistem dopušta učestvovanje branioca već u samom izvidaju, i to pred porotom, bez koje englesko pravosuđe ne da se uopšte ni zamisliti.

Od ostalih evropskih krivičnih postupaka, koji su u izvesnoj morfološkoj vezi sa našim krivičnim zakonodavstvom, zaslužuju još da budu spomenuti Nemački i Austrijski. Radeni pod uticajem i po ugledu na francuski *Code d'instruction criminelle*, i to u doba oslobodilačkih pokreta 1848 godine, oni sadrže uglavnom sva obeležja ovog potonjeg. Za predmet ovog razlaganja od interesa je, da i prema ovim postupcima dopušteno je okrivljeniku imati branioca već u pripremnom postupku, koji je takode akuzatoran, ali ne i javan niti usmen. Samo što su prava odbrane prema ovim postupcima mnogo više skućena, što se javlja svakako kao rezultat doskorašnje dominacije inkvizitorskog načela u tim postupcima.

4. Iz ovoga sumarnog prikaza pitanja o odbrani u krivičnom postupku uopšte, u njegovom istorijskom razvoju, a s obzirom na etnološko-dogmatički položaj odbrane u celokupnom sistemu krivičnog zakonodavstva, vidi se jasno, da pravo okrivljenika na odbranu javlja se kao najosnovnije i najsvetije pravo

čovječje ličnosti ne samo kao jedinke uzete same po sebi, no i kao člana ljudskog društva, dakle i kao kolektivnog faktora. Ovo pravo neumoljivom logikom proističe iz osnovnog načela modernog procesnog prava — načela optužbe ili akuzatorskog. Gde postoji tužilac tamo mora biti i okrivljenik (makar anonimno), gde ima optužbe — mora biti i odbrane. Ovo je neophodni postulat drugog osnovnog načela u krivično-procesnom pravu, načela materijalne istine, koje imperativno iziskuje kontradiktornost postupka. Iz ove pak mora slediti princip ravnopravnosti, jer gdegod ima dve strane koje se odbijaju uzajamno uspeh njihovog međusobnog delovanja može da se postigne samo tako, ako se obe ove strane uravnoteže, a to će reći — dobiju isti značaj i prava. Pored ovoga, može se kazati fizičkog zahteva ravnoteže, bez koje se lako može dogoditi da se Zakon celom svojom moćnom težinom sruči na slabiju stranu i tako je neopravdano oštetiti, — potrebu ravnopravnosti stranaka u krivičnom procesu diktuju još i etički momenti. Ne može se naime ni zamisliti pravednost i čovečnost, kao najjače moralne garancije dobrog pravosuđa, bez priznanja napadnutom prava da se brani od napada. Bez ovoga lako bi se moglo dogoditi da se *summum jus* pretvori u *summa iniuria*.

Ali nije samo u interesu pojedinaca — krivaca da im se zagaranjuje pravo na odbranu. Odbrana je neobično važan faktor i za uspešno funkcionisanje samoga krivičnoga pravosuđa u njegovom savremenom shvatanju kao zaštite društvenih interesa zagaranтованjem prava ličnosti, a u prvome redu prava lične slobode i sigurnosti. Od kolikog je značaja ovo pravno dobro za savremenu socijalno-pravnu svest, pokazuje nam najbolje fakat, da u našem Krivičnom Zakoniku, koji spada nesumnjivo u red ne samo najnovijih no i najmodernijih zakonika, cela jedna glava posvećena je zaštitnim sankcijama toga dobra (gl. XXI — §§ 242—250). Praksa nas opet s druge strane uči, da od dobro organizovane odbrane često puta može da bude zavisna i sami uspeh celog krivičnog postupka, kojem je najviši cilj pronalazak materijalne istine, što uslovljava i utvrđivanje kako samoga krivca tako i njegovo kažnjavanje. Sav krivični postupak upravo se i svodi stoga na prikupljanje, proveravanje i ocenu takvih dokaza, pomoću kojih bi se mogla utvrditi ova tako neophodna za primenu krivičnih sankcija materijalna istina. A kako najveći deo ovoga sudijskog posla pada baš na pripremni postupak, u kojemu se primarno i izvršuje pribiranje i pripravljanje (po čemu se i zove ovaj stadijum pripremnim), a — doduše u znatno manjoj meri — i samo ocenjivanje svih tih dokaza, — to je jasno, od kako velikoga značaja i dragocene koristi za dobro i pravilno funkcionisanje krivičnoga pravosuđa može i mora da bude dobro organizovana odbrana kao samostalan činilac u sudskom postupku.

Nije onda nikakvo čudo, da istorijski razvoj ove institucije pokazuje neprestanu tendenciju ka proširavanju prava od-

brane u pravcu njezinog potpunog izjednačavanja sa optužbom. Ova tendencija našla je odraza i u našem pozitivnom pravu, kako ćemo to iz daljeg izlaganja videti.

II. Odbrana okrivljenika u krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije.

1) Osnovna načela jugoslavenskog Krivičnog Postupka s pogledom na odbranu.

Sve tekovine i karakteristične osobine savremenog krivično-procesnog zakonodavstva usvojio je i krivični postupak Kraljevine Jugoslavije. Pre svega on je akuzatorski. Optužno načelo kao osnova njegova jasno je izraženo već u odredbi § 1 od. II k. p., koji izrično postavlja pravilo da *«sudski postupak u krivičnim delima može se pokrenuti i provesti samo po zahtevu ovlašćenog tužioca»*. Ovaj postulat afirmiran je čitavim nizom drugih propisa (§§ 39 br. 1 i 2, 51, 53, 92, 94, 96, 97 od. II, 98, 101, 102, 108, 109, 219 od. III, 266, 269 od. II, 273 od. II, 375 od. I, 387 od. VI), i ako se od njega dopuštaju mestimična odstupanja (§§ 21, 93, 94, 95, 375 od. IV), koja i nemaju samostalan karakter te su izuzetno primljeni samo radi celishodnosti.

Načelo materijalne istine takođe je zastupljeno u našem krivičnom postupku i to u odredbi § 3, koji glasi: *«sve vlasti koje rade ili deluju u krivičnom postupku dužne su da podjednako brižljivo uzimaju u obzir kako okolnosti koje okrivljenika terete, tako i okolnosti koje mu služe za odbranu, i da ga poučavaju o njegovim pravima i onde, gde to nije naročito rečeno»*. Nadalje, ovo načelo je naglašeno još izrazitije u odredbama § 91 i 100, a naročito — §§ 159 i 254, prema kojima sud je dužan da pribira dokaze objektivno ne samo po načinu ove procedure (uvažujući sva pro i contra), no i u smislu njihove tačnosti i verodostojnosti. Stoga ni samo *«priznanje optuženika ma kako potpuno i savršeno bilo neoslobodava sud od dužnosti da preduzme pribiranje daljnjih dokaza»* (§ 254 od. I).

Logičnom doslednošću, kada je već usvojio gornja dva načela, morao je naš zakonodavac da primi i načelo kantradiktornosti, koje je naglasio u propisu § 6 od. I kao i čitavom glavom četvrtom sa njezinim naslovom: *«Stranke»* te marginalnim rubrikama: *«Državno tužništvo»*, *«Privatni tužilac i privatni učesnik»* i *«Odbrana»*. Kako sam kaže u § 6 od. I k. p., za zakonodavca *«pod strankom se razume tužilac kao i onaj protiv koga teče krivični postupak»*. A kada govori detaljnije o položaju, ulozi, pravima i dužnostima stranaka u odredbama glave IV, to državnom tužiocu te privatnom tužiocu i privatnom učesniku (kao tužiocu) protivstavlja *«odbranu»* kao protustranku. Očigledno je da ovakvom stilizacijom pod generalni pojam odbrane zakonodavac je svrstao kako okrivljenika samoga sa njegovim ličnim pravom odbrane, tako i okrivljenikovog branioca te ostale njegove zakonske zastupnike u koliko su od važnosti za položaj okrivljenika u stavu odbrane: To je u stvari t. zv.

formalna odbrana za razliku od materijalne, čiju funkciju vrše zajednički okrivljenik, državni tužilac i sud, shodno načelu materijalne istine (§§ 3, 100, 204 od. II, 271, 288 od. II i III), a državni tužilac još i shodno načelu legaliteta (§§ 39 br. 5 te 6 i 324 od. II). Pošto samo formalna odbrana stoji u neposrednoj vezi sa predmetom ovoga razmatranja a bazira na načelima akuzatornosti, kontradiktornosti i materijalne istine, dok ostala procesna načela — legaliteta, oficijelnosti, javnosti, neposrednosti usmenosti, koja su takode našla sebi mesta u propisima našeg krivičnog postupka, — nisu u užoj i neposrednoj vezi sa ovom odbranom, dovoljno će biti ako se zaustavimo uglavnom na ova tri načela (akuzatornosti, kontradiktornosti i materijalne istine pa da vidimo ukoliko su ta načela od uticaja na okrivljenikovu odbranu, odnosno formalnu odbranu u užem, tehničkom smislu.

2. Položaj i uloga odbrane u krivičnom postupku.

Kako smo videli, akuzatorski postupak razvio se je istorijski na taj način, što je došlo do razdvajanja funkcija gonjenja, odbrane i suđenja (podrazumevajući pod ovim i prethodno izviđanje — istraživanje), koje su funkcije pre toga bile sve spojene u jednoj osobi — sudije. Svaka od ovih funkcija dobija svoga subjekta, koji ju samostalno ostvaruje. Tako se pojavljuju u postupku stranke, od kojih svaka preuzima na se posebnu funkciju — gonjenja i odbrane, dok sud zadržava za sebe funkciju suđenja.

Stoga optužno načelo pretpostavlja pre svega postojanje ovlašćenog tužioca, koji ima zadatak da ostvaruje primarnu procesnu funkciju — gonjenje. Nasuprot tužiocu i kao njegova protuteza stoji okrivljenik, koji ima zadatak da se brani od gonjenja. Kao nosilac ove druge, sekundarne procesne funkcije — odbrane, okrivljenik se javlja sada u postupku kao samostalni subjekt. Između i iznad ovih dvaju subjekata — tužioca i okrivljenika — nalazi se sud kao predstavnik vrhovne procesne funkcije suđenja, koje ima za cilj da pronade materijalnu istinu u sporu stranaka — tužioca i okrivljenika. Tu istinu kao rešenje ovoga spora sud može da dostigne samo preko daljnje uzajamne borbe stranaka kao kao samostalnih i ravnopravnih procesualnih subjekata. Samostalnih zato, jer samo takvi protivnici mogu uspešno doprineti svoj deo u onu opštu masu dokaznog materijala, koji sudu treba da posluži za podlogu kod rešavanja njihovog spora. A ravnopravnih stoga, jer samo jednako učestvovanje protivnika sa njihovim suprotnim tezama može rasvetliti opštu situaciju i zadržati sud da ne krene stranputicom, povodeći se za argumentima samo jedne stranke. Ako bi hteli ovaj uzajamni odnos između gornja tri subjekta u krivično-pravnom procesu da predstavimo u obliku jedne paralelne jednačine, prema matematičko-dijalektičkim pravilima logiki, mogli bi da dobijemo ovaku formulu:

$$\begin{array}{rcccl} \text{optužba} & + & \text{odbrana} & = & \text{sud} \\ \text{teza} & + & \text{antiteza} & = & \text{sinteza} \end{array}$$

$$\text{ili: teza } \left(\frac{\text{tužilac}}{\text{optužba}} \right) < \text{sinteza } \left(\frac{\text{sud}}{\text{judicat}} \right) > \text{antiteza } \left(\frac{\text{okrivljenik}}{\text{odbrana}} \right)$$

Jer, doista, šematički i idealno zamišljen judikat suda sadrži u sebi manje ili više sve one komponente, koje se nalaze postavljene i u optužbi i u odbrani, usvajajući ili odbacujući pojedine od njih kako na jednoj tako i na drugoj strani. A isto tako u običnom toku stvari judikat suda zauzima položaj negde na sredini između optužbe i odbrane kao protivnih ekstrema, uspostavljajući i održavajući među njima ravnotežu, a sastavljen je od elemenata srodnih i jednom i drugom ekstremu. Samo što je tih elemenata u judikatu obično manje no što je sadržano u optužbi, a više nego li ih ima u odbrani.

Da se pak postigne ova potrebna ravnoteža te da u judikatu nađu sebi mesta i dodu do izražaja elementi i optužbe i odbrane, neophodno je da oba ova ekstrema istovremeno i podjednako deluju, razvijajući svoju akciju u suprotnim pravcima, ali prema jednom te istom cilju — saznanju istine. Iz sudara ovih dvaju protivnih sila, iz njihove uzajamne borbe i kontakta treba da izbije napolje iskra istine, baš kao što se iz sudara među oblacima rađa munja. Saglasno ovakovom shatanju uloge stranaka u krivično-pravnom procesu i glasi jedna poznata francuska pravna maksima: «du choc des opinions jaillit la vérité.»

Takav je položaj i uloga odbrane kao jedne od stranaka u krivičnom postupku u odnosu na osnovna načela potonjega: akuzatornosti, kontradiktornosti i materijalne istine. Ako ovome još dodamo i to, da učestvovanje odbrane u procesu može biti od nesumnjive koristi pa čak i neophodno takode i pri sprovođenju ostalih načela našeg krivičnog postupka: oficijelnosti (§ 39) i legaliteta (§ 44), kod kojih je naročito važna kontrolna funkcija odbrane (napr., da li postoji zahtev ovlašćenog tužioca, da li ima predloga ili odobrenja), pa usmenosti (§ 274) i neposrednosti (§§ 227 i 216/I, 241, 245 i sl., 336 br. 2 i 3), koji upravo zahtevaju učestvovanje odbrane u procesu tako da bez nje i ne bi se mogla ova načela potpuno ni da ostvare, te — najzad — javnosti (§§ 103, 222, 258/III, 236 br. 4) imajući tu u vidu, naravno, samo t. zv. stranačku javnost, koja je takode od osobite važnosti zbog svojih kontrolnih funkcija za interese u prvom redu okrivljenika, a zatim i za opšte ciljeve, garancije i autoritet pravosuđa samog, — onda dobijemo svestrano i potpuno ocrtanu sliku položaja i uloge odbrane u krivičnom postupku uopšte.

Rezimirajući sve gore izloženo, moramo doći do zaključka, da *odbrana predstavlja sastavni i neophodni element krivičnog postupka kao borbe stranaka u cilju što punijeg iznalaženja materijalne istine te kao takva ima obeležje javno-pravne ustanove.*

3. Način ostvarenja odbrane.

Iako ima obeležje javno-pravne ustanove, odbrana ipak u prvome redu predstavlja lično pravo i sredstvo zaštite okriv-

ljenika od napada tužioca. Ovo stoga što od načina primene odbrane, od umešnosti u iskorišćavanju pojedinih povoljnih za okrivljenika momenata u procesu kao i od sposobnosti delovati na tok samoga postupka u smislu pribiranja i preliminarne ocenjivanja dokaznog materijala, jednom rečju — od većeg ili manjeg uspeha odbrane zavisi i sudbina okrivljenika odnosno — pitanje najdragocenijih ličnih čovečijih blaga: života i slobode, koje se najčešće i najosetljivije ugrožavaju kaznenim sankcijama Zakona. Zato i treba priznati okrivljeniku pravo da sam izabere ne samo način svoje odbrane no i metode te pravac, kojima će nju uputiti na zaštitu svoje ličnosti, kako to uostalom i odgovara položaju okrivljenika u krivičnom postupku kao subjekta ovoga, odnosno — kao stranke.

Kao i sva druga zakonodavstva i naš Krivični Postupnik dopušta okrivljeniku to pravo. Tako, pre svega on mu priznaje pravo da ne mora ništa da navodi u svoju odbranu od imputiranog mu krivičnog dela ako to neće, pa mu se to stavlja na volju (§§ 152, od. 2 i 153). Nadalje, okrivljeniku je prepušteno da sam odredi u kome će momentu i stadiju postupka da se posluži svojim pravom da uzme sebi branioca (§ 57 od. I). Šta više, okrivljenik već pri prvom svom ispitu mora da se obavesti da on ima pravo, ako hoće da uzme sebi branioca (§ 59). U slučajevima pak gde je odbrana okrivljenikova obavezna (§ 60), ili gde mu je sud sam po svom nađenju postavio branioca (§ 61) — merodavan je izbor okrivljenikov u pitanju ličnosti branioca, tako da opunomoćeni branilac stupa na mesto onoga postavljenog po službenoj dužnosti i isključuje ga od daljeg učestvovanja u odbrani. (§ 63 od. II). Naravno, ovo potonje samo onda ako okrivljenik ne akceptira i svojim izborom — punomoćja postavljenog mu branioca. Najzad, okrivljenik može da ima ne samo jednoga n oviše branilaca (§ 655 od. II).

S obzirom na lični momenat u karakteru odbrane po pravilu okrivljenik je sam pozvan da reši pitanje da li će svoje pravo na odbranu od optužbe sam da ostvaruje (t. zv. neposredna odbrana) ili pak da to prepusti nekom drugom licu (t. zv. zastupnička odbrana). Ovo drugo lice i zove se *branilac*, te u pogledu prava odbrane, njihovog opsega i načina ostvarenja branilac stupa na mesto okrivljenika, javljajući s sobom izvesnu nadopunu njegove ličnosti. U tom smislu moglo bi se za branioca kazati da je to »alter ego« okrivljenika. Samo tamo gde može da dode do sukoba i nesuglasnosti između okrivljenika i branioca, a radi se o vitalnim interesima okrivljenika kao stranke, ne može branilac nadomestiti okrivljenika niti protiv njegove volje raditi (§ 324 od. I i III — t. zv. dispozitivne izjave). Inače, u svim ostalim, t. zv. preparatornim izjavama branilac ima ista sva prava u postupku kao i sam okrivljenik. On može da prisustvuje ispitu svedoka u istrazi u slučaju kad je verovatno da oni neće moći da dodu na glavni pretres. Pri tome on može da stavlja predloge (na primer, da se takav svedok zakune — § 176 od. II) kao i da upućuje svedocima pitanja (§ 103 od. II). Isto tako branilac može da prisustvuje sudskom uvi-

daju, pretresanju stana, uzapćenju stvari, istraživanju i uzapćenju pisama i drugih hartija, kao i saslušanju veštaka, a može ovima takođe i da upućuje pitanja (§ 103 od. III). Nadalje branilac može u cilju odbrane zahtevati u svima stadijama postupka da budu saslušani na pojedine okolnosti kako okrivljenik sam tako i svedoci te veštaci, kao i inače može tražiti da se provedu pojedini dokazi (§§ 152 od. III i V, 217, 218, 250 od. II, 340 od. II, 394 od. IV). U slučaju podignute optužnice on ima pravo da opravda prigovor protiv optužnice (§§ 204 od. III st. 2), ako ga je okrivljenik izjavio. Branilac ima pravo da razmatra spise izvidaža i istrage te sve priloge kao i druge pribavljene predmete, koji služe kao dokaz (§ 66 od. I). Istina, ovo pravo može istražni (izvidajni) sudija i da uskrati braniocu kad to interes postupka nalaže (§ 66 od. II st. 1). Ali ipak braniocu se nikad i nikako ne sme zabraniti da razmatra zapisnik o saslušanju okrivljenikovom, veštačko mišljenje kao i sve druge zapisnike i spise koji se odnose na radnje, kod kojih je braniocu dopušteno da prisustvuje (§ 66 od. II st. 2). Naprotiv, posle završene istrage ili — ako ove nije bilo — posle predate optužnice, braniocu se ni u kom slučaju ne može zabraniti rasmatranje svih spisa (§ 66 od. III). Uz spomenuto već ograničenje §-a 324 kp. branilac ima najzad, pravo na upotrebu pravnih lekova protiv svih sudskih odluka, koje se mogu napadati, baš kao i sam okrivljenik. Šta više, poslednji može u izvesnim okolnostima od suda zahtevati da mu čak i u slučaju neobavezne odbrane, izuzevši u postupku pred sreskim sudom, postavi sam sud branioca radi opravdanja izjavljenih pravnih lekova, radi obrazloženja izjavljenog prigovora protiv optužnice i radi odbrane na glavnom pretresu (§ 60 od. III — t. zv. odbrana siromašnih). Branilac pak, koji je po službenoj dužnosti postavljen, ne može se odbrane odreći bez opravdanih razloga (§ 64). —

4. Vrste formalne odbrane.

Odbrana i kao lično pravo okrivljenika i kao javno-pravna ustanova (s obzirom na istaknutu već njezinu važnost za uspeh samoga krivičnoga postupka) mora da se pojavi neposredno iza optužbe. Čim neko punovažno okrivljuje izvesno lice zbog učinjenog krivičnog dela i okrivljenik bude pozvan na odgovornost od strane nadležnog suda — istim časom niče i odbrana. Bez važnosti je pri tome na koji se način ostvaruje odbrana: da li se okrivljenik sam brani ili poverava to svome zastupniku-braniocu. Ustanova t. zv. zastupničke odbrane, koju izvršuju naročita osposobljena za to lica (redovno advokati) nalazi svoje opravdanje u tome, da se okrivljenik kao laik nalazi u nepovoljnom položaju prema kvalifikovanom svom protivniku, zastupniku javne tužbe, koji kao profesional nastupa protiv okrivljenika oboružan svom snagom i pravnog znanja i rutiniranog iskustva. Prema ovakom protivniku okrivljenik, koji se nalazi k tomu još i u takvom psihičkom stanju (strah od kazne, koja mu pretstoji, kao i od javnog mnjenja, što ga unapred i bez

obzira na konačni ishod procesa obično žigoše kao zločinca, i mnogi drugi slični momenti), koje nimalo nije povoljno za lično ostvarenje njegove odbrane, — dolazi u nejednaki položaj. A nejednakost stranaka ugrožava princip procesne ravnoteže toliko neophodne i važne za pravilno funkcionisanje pravosuđa, kako smo to već gore videli. Da se ova ravnoteža uspostavi odnosno — da stranke kao protivnici mogu da se bore jednakim oružjem, prema onom starom pravilu: »arma sint aequalia!«, — i ustanovljena je posebna institucija ovlašćenih, profesionalnih branilaca.

Prema propisima našeg krivičnog postupka braniocima mogu da budu advokati, javni beležnici, profesori prava na univerzitetu kao i lica osposobljena za advokate, javne beležnike i sudije, ako nisu u aktivnoj državnoj službi (§ 58 od. I). Dakle, sve samo lica vešta pravu, što je i razumljivo s obzirom na istaknutu funkciju branioca kao pravnog pomagača okrivljenika u njegovoj borbi — odbrani protiv optužbe. U praksi pak najčešće, gotovo isključivo fungiraju u ulozi branioca advokati, čiju stalešku organizaciju, prava i dužnosti te odgovornost, regulišu propisi posebnog Zakona o advokatima (od 17-III-1929).

Branilac može zastupati okrivljenika u slučajevima koje je zakon predvideo, ili na osnovu izrečnog punomoćja (§ 58 od. III). U prvom slučaju govorimo o *obligatnoj* ili *obaveznoj* odbrani, u drugom o *fakultativnoj* ili *neobaveznoj*, dragovoljnoj odbrani. Naš krivični postupak predviđa dva slučaja obavezne odbrane: s obzirom na težinu inkriminisanog okrivljeniku krivičnog dela (§ 60 od. I — kod svih zločinštava, za koja je u krivičnom zakonu kao najveća mera predviđena robija ili zatočenje preko pet godina kao i onda kad je po zakonu sudu ostavljen izbor između pomenutih kazni i koje druge kazne) i s obzirom na lična svojstva okrivljenika (§ 60 od. II — ako je okrivljenik maloletan ili je nem ili gluh ili je tako bolestan da nije u stanju sam sebe braniti, te § 371 od. II — ako je optuženik u slučaju gde je ponavljanje postupka dopušteno u njegovu korist ne može doći na novi glavni pretres). Sem ovih taksativno u zakonu označenih slučajeva odbrana je fakultativna, tj. prepušteno je samom okrivljeniku da odluči hoće li uzeti branioca ili ne.

Između ovih osnovnih vrsta nalaze se još dve naročite forme odbrane. To je pre svega tako zvana *odbrana ili zastupstvo siromašnih*, koja se javlja kao neka mešovita forma obavezno-fakultativne odbrane, pošto sadrži u sebi elemente i jedne i druge. Ako okrivljenik, prema svojim imovinskim pri-

²⁾ Prof. Živanović upotrebljava za ovu vrst odbrane izraz „nužna odbrana“. Smatramo, da ovaj termin nije zgodan niti tačan ni sa gledišta filološkog ni sa juridičkog. Prvo stoga što pridev »nužan« ne odgovara, a nije ni istovetan pojmu obaveze (obligatio), koja se okrivljenim po sili zakona nameće da mora imati branioca. A drugo stoga što pod imenom »nužne odbrane« postoji sasvim druga pravna ustanova i to iz domene krivičnoga prava (§ 24 kaz.).

kama ne može da podmiri troškove odbrane, *odrediće* mu (elementat obligatnosti uslovljen siromaštvom i traženjem okrivljenika) *na zahtev* (elementat fakultativnosti) okružni sud branioca kao zastupnika siromašnih i to: 1) radi opravdanja izjavljenih pravnih lekova, 2) radi obrazloženja izjavljenog prigovora protiv optužnice kao i 3) radi odbrane na glavnom pretresu (§ 60 od. III). Kako se ovakav branilac određuje na zahtev okrivljenika, jasno je da ova vrsta odbrane može da ima mesta samo kod fakultativne odbrane,³⁾ jer kod obavezne odbrane branioca postavlja sud po službenoj dužnosti i bez obzira na to da li postoji ili ne zahtev okrivljenika o tome, i to pri samom pokretanju krivičnog postupka (otvaranje istrage ili predaja neposredne optužnice — § 60 od. I kp.), i za sve njegove radnje a ne samo za pojedine procesne momente kao kod odbrane siromašnih.

Drugu formu mešovite obavezno-fakultativne odbrane pretstavlja slučaj iz § 61 kp., kada sud može okrivljeniku postaviti branioca i pre otvaranja istrage bilo za sve vreme bilo samo za izvestan deo postupka, ako se nađe da to naročita potreba iziskuje. U ovom slučaju sud postavlja branioca ili svojom inicijativom, odnosno po službenoj dužnosti (elementat obligatnosti), ili pak po traženju stranaka, dakle — i okrivljenika (elementat fakultativnosti). To je, dakle, u stvari *relativno-obligatna odbrana* (prof. Dolenc), jer može da se pojavi u stvarima gde je odbrana i inače obavezna, samo što se momenat postavljanja branioca prenaša na raniji stadijum postupka (»i pre otvaranja istrage«). Uslovljavanje pak ove odbrane naročito potrebom, koju aklamira sud po svom slobodnom nahođenju (»...može... ako nađe«), kao i mogućnost ograničavanja uloge branioca samo na jedan deo postupka, što može da bude samo kod neobavezne odbrane, ističu u ovoj odbrani momenat fakultativnosti.

Kada branilac zastupa okrivljenika na osnovu punomoćja, imamo onda *izabranog* branioca, u protivnom slučaju — *postavljenog* branioca.⁴⁾

5. *Prava branilaca de lege lata et ferenda s naročitim pogledom na dosadašnju sudsku praksu.*

S obzirom na postavljenu mu zadaću da pomaže okrivljeniku, a donekle i da ga zamenjuje u njegovoj borbi protiv optužbe, koja se svodi na odbijanje od ličnosti okrivljenika kazneno-pravnog zahteva države u vezi sa izvršenjem izvesnog krivičnog dela, branilac mora da ima na raspolaganju sretstva

³⁾ Protivno prof. Marković — »Udžbenik«, str. 191. Ali izgleda da je ovo samo jedan lapsus u izlaganju uvaženog naučnika, jer se na istome mestu podvlači, da »branioca siromašnih određuje sud samo na zahtev okrivljenikov«.

⁴⁾ Prof. Živanović pogrešno definiše pojam izabranog branioca kao »koga sam okrivljenik odredi u slučaju nužne odbrane«. Pogrešnost ovake definicije je očevitna, ako se imaju u vidu propisi §§-a 57 i 59 kp. u vezi odredbe § 63 od. II kp.

i ovlašćenja, pomoću kojih bi mogao da uspešno vrši tu svoju ulogu pa da postigne ovaj svoj cilj.

Već kod izlaganja načina ostvarenja odbrane imali smo prilike da dotaknemo i pitanje ovih ovlašćenja, ali samo u koliko su potonja u vezi sa osobnim pravima i ovlašćenjima okrivljenika. Dakle — samo sa stanovišta odbrane kao ličnog prava okrivljenikovog (subjektivna odbrana). A sada treba još da vidimo kakva su prava i ovlašćenja branilaca u odnosu njihovom na osobu samog okrivljenika, dakle — sa stanovišta tehnike formalne odbrane (objektivna odbrana).

Kako branilac po samoj prirodi svojih funkcija ima dvostruku ulogu: da pomaže okrivljenika (opravdanje prigovora protiv optužnice — § 204 od. III in fine, učestvovanje u dokaznom postupku — §§ 214, 220 od. II; 231, 237 od. III, 252 od. II, 257 od. II, 269 od. IV i VI, upotreba pravnih lekova protiv sudskih odluka — §§ 324 od. III i 325 od. III) i da ga zastupa (zamenjuje) tamo gde je to izrečno zakonom dopušteno (tako da u ovome slučaju ne samo radi za i uz okrivljenika no umesto te u ime njega — §§ 82, 103, 237 od. II, 347 od. II, 371 od. II, 373 od. II, 384 od. II i 402 od. II), — to je jasno, da su i prava branioca različita prema tome, iz koje od ove dve funkcije proističu. Tamo gde zastupa okrivljenika branilac ima sva ista prava kao i okrivljenik, dok tamo gde fungira kao okrivljenikov pomagač branilac može da ima samo ona prava, na koja ga je okrivljenik izrečno ovlastio. U slučaju kolizije u pravilu prevladuje okrivljenik, što je i razumljivo s obzirom na lični karakter njegovog prava na odbranu, koji mu omogućuje da po svojoj volji slobodno raspolaže punomoćju pa tako odstrani i uopšte onemogućni sukob sa svojim braniocem. Jedino u slučaju gde se branilac pojavljuje ne na osnovu okrivljenikovog punomoćja već po službenoj dužnosti, na osnovu odluke suda (što može biti, kako smo videli, isključivo tamo gde je odbrana obavezna), — mogu prava branilaca da imaju izvestan samostalan karakter i da se uzdignu iznad okrivljenikovih prava (na pr. u slučaju odbrane maloletnih — § 324 od. III st. 2). Inače — za ocenu branilačkih i okrivljenikovih prava merodavno je osnovno načelo krivičnog postupka — načelo materijalne istine, koje mora u svim slučajevima da bude za sudove prima et suprema regula. Tako na pr., iz dužnosti suda da i pored priznanja okrivljenikovog pribira i ocenjuje objektivne dokaze i pro i contra (§§ 3, 100, 159 i — naročito — 254) proizilazi, da su prava branioca u smislu učestvovanja u dokaznom postupku jača no prava okrivljenika samog. Prema tome branilac može i protiv volje okrivljenikove da stavlja predloge o psihijatričkom promatranju okrivljenika u svrhu ustanovljenja stepena njegove uračunljivosti, ili za primenu kakve mere bezbednosti (§§ 110, 199, 253 i 280 od. III kp. u vezi §§ 22 i 53 kz.), ili radi drugog kakvog veštačenja, kao i uopšte radi provađanja kakvog bilo dokaza (§§ 181, 239 i 265 kp.). — Kako

postavljena ovde tema ima u vidu jedino pripremni postupak, to će se u daljem izlaganju iznositi samo ono što se odnosi na ovaj stadijum postupka.

Prava branilaca u pripremnom postupku, naravno, razlikuju se prema tome, da li je okrivljenik na slobodi ili pak u pritvoru (istražnom zatvoru). Ovo je posledica u prvom redu fizičke nemogućnosti da se slobodnom okrivljeniku sasvim ili makar samo i delimično ograniči opštenje sa njegovim braniocem u svrhu dogovaranja, savetovanja, prikupljanja dokaza ili inače pripremanja odbrane. Ovakog okrivljenika prosto je nemoguće staviti pod manje ili više efikasnu kontrolu sudskih organa. Drugačije stoji stvar sa okrivljenikom, koji je preventivno lišen slobode. Takav okrivljenik je, naprotiv, u fizičkoj nemogućnosti da opšti sa svojim braniocem bez znanja i odobrenja, a još manje protiv volje sudskih organa. Jasno je prema tome, da ovde može biti govora samo o pravima branilaca u pripremnom postupku protiv okrivljenika, koji se nalazi u sudskom zatvoru.

Radi ostvarenja njegovih ciljeva kao pravnog savetnika i pomagača okrivljenikovog braniocu mora se dopustiti pre svega da može stupiti u kontakt sa svojim štićenikom u svrhu informacija, dogovora i koordiniranja njihovog stava pri ostvarenju zajedničkog im plana borbe protiv optužbe. Tu dolazi do izražaja i princip podele funkcija: dok okrivljenik snabdeva svog branioca faktičnim materijalom, branilac mu stavlja na raspolaganje svoje pravno znanje, pomoću kojega treba da obradi i iskoristi taj materijal u svrhu što efikasnije zaštite okrivljenika od napada sa strane optužbe.

Iz ovoga izvire kao prvo i osnovno pravo branioca u pripremnom postupku da može usmeno i pismeno opštiti sa okrivljenikom. Samo što je po našem pozitivnom zakonodavstvu, koje je sačuvalo još tragove inkvizitorskog načela u pripremnom postupku, ovo pravo branioca ograničeno je čitavim nizom stega. Tako istražni (izvidajni) sudija, ako smatra da to interes istrage nalaže, a naročito ako postoji osnovana bojazan da okrivljenik zloupotrebljava opštenje s braniocem, može narediti da okrivljenik s braniocem usmeno može govoriti samo u njegovom prisustvu, kao i to, da se pisma koja okrivljenik piše braniocu ili branilac okrivljeniku predaju adresatima pošto ih on prethodno pročita (§ 67 od. II). Tek posle završene istrage ili, ako ove nije bilo, posle predate optužnice okrivljenik ima pravo da sa svojim braniocem opšti slobodno i bez ickijeg nadzora (§ 67 od. III). Jedino u postupku pred sreskim sudom može branilac da opšti s okrivljenikom slobodno bez nadzora vlasti (§ 380 br. 7).

Još jača je stega branilačkih prava u pogledu učestvovanja u pripremnom postupku. U ovom stadijumu postupka ne može branilac po pravilu prisustvovati ispitu okrivljenika i svedoka (§ 103 od. I). Iznimno branilac može prisustvovati ispitu

svedoka u slučaju kad je verovatno da oni neće moći doći na glavni pretres. I ne samo to: branilac može u ovom slučaju stavljati predloge, a može svedocima i upućivati pitanja (§ 103 od. II). Naprotiv, branilac uvek može prisustvovati sudskom uviđaju (§§ 104 i 181), pretresanju stana (§§ 135 i 136), uzapćenju stvari (§ 142), traženju i uzapćenju pisama i drugih hartija (§§ 137 i 145—150), kao i saslušanju veštaka (§ 183), a može veštacima i upućivati pitanja. Šta više, istražni sudija je dužan u ovom cilju izvestiti branioca o vremenu i mestu izvršenja ovih radnja, izuzevši slučaj u kome je s odlaganjem skopčana opasnost (§ 103 od. III).

Kako se iz izloženoga vidi, naš zakonodavac iako je postavio izvesna ograničenja pravima branilaca u pripremnom postupku, koja se sve više smanjuju ukoliko se više udaljuju od ličnosti okrivljenika, ipak je ostavio mogućnost i dao sudijama dosta široka ovlašćenja u pravcu ublažavanja pa čak i potpunog dokidanja ovih stega. Na primer, u pitanju prava prisustvovanja ispitu okrivljenika sudiji je data mogućnost, da sam po svojoj uvidavnosti u svakom pojedinom slučaju, in concreto, rešava ovo pitanje bilo u pozitivnom bilo u negativnom smislu. Jer dok zakonodavac kaže da *po pravilu* branilac ne može prisustvovati ispitu okrivljenika, znači da ne isključuje sasvim ovo prisustvovanje. Znači, da u svakom pojedinom slučaju istražni sudija treba zapravo da ispita, da li će prisustvovanjem branioca ispitu okrivljenika biti ugrožen interes postupka, i — zavise od odgovora na ovo pitanje, koje podvrgava svojoj slobodnoj oceni, — dopustiti braniocu ovo prisustvovanje ili mu ga uskratiti. Po sebi se razume, da se braniocu može dozvoliti ne samo prisustvovanje pri ispitu, no i učestvovanje u ispitu, jer bez ovoga samo golo prisustvovanje branioca kao pasivnog posmatrača spolja onoga što se pred njim zbiva ne bi imalo nikakvog smisla niti ova zakonska odredba opravdanja, a samo bukvalno tumačenje reči »prisustvovati«, bez veze sa njenim logičkim sadržajem i smislom, ne bi uopšte odgovaralo pojmu ni ulozi branioca kao procesualne stranke. (Tako i prof. *Dolenc*, »Sistem krivičnog postupka«, str. 119—120; protivno prof. *Marković*, *ibid.*). Na žalost, u praksi naših sudova, i suviše još jaka tradicija inkvizitorskog načela kao i šablonsko rešavanje ovoga pitanja u negativnom smislu. A međutim nema u suštini nikakvih zapreka da se braniocu dozvoli neograničeno prisustvovanje ispitu okrivljenika, jer mu je svakako slobodno rasmatranje zapisnika o tom ispitu (§ 66 od. II kao i generalna ustanova §-a 85 kp.), dok tajnost ovoga ispita i onako je već iluzorna s obzirom na pravo okrivljenika zahtevati da njegovom ispitu prisustvuju dva svedoka (§ 151 od. II). Princip ekonomije i ubrzanja postupka zahteva, dakle, da se braniocu dopusti neposredno i usmeno saznanje o navodima okrivljenikovim sada bi to bilo i u potpunom skladu sa načelom akuzatornosti postupka, dok u interesu načela materijalne istine trebalo

bi učiniti još jedan korak napred i dozvoliti braniocu ne samo da po pravilu prisustvuje okrivljenikovom ispitu no i dopustiti mu izrečno da učestvuje i u njegovom ispitivanju upućivanjem mu pitanja, stavljanjem raznih predloga itd. U ovome pravcu branilac i onako ima mogućnost i pravo da izvrši svoju dužnost stavljanjem predloga o dobavljanju izvesnih dokaza, ispitivanju svedoka i veštaka itd. (§ 217 od. I). Ovo pravo, doduše, *expressis verbis* nigde u zakonu nije izraženo, ali njegovo postojanje neminovno sledi iz same funkcije odbrane u širem smislu, jedan od faktora koje je branilac, a nalazi oslonu i u odredbama § 152 od. IV i V kao i § 101 kp. (per analogiam). U interesu krivičnog postupka i samoga pravosuđa bilo bi da se ova prava branilaca u pripremnom postupku ne sputavaju, već — naprotiv — da se u što punijoj meri i u što ranijem stadijumu postupka ostvare. Razume se, da u interesu sprovođenja načela kontradiktornosti i materijalne istine kao i ostvarenja ravnopravnosti stranaka, trebalo bi ista prava i u istom obimu priznati i tužiocu. Zasadu pak, do zakonodavnog rešenja ovoga pitanja, trebalo bi sudije da skrenu pažnju na ovlašćenja koja su sadržana u pozitivnim propisima zakona u ovom pravcu, te da njihovim liberalnim tumačenjem i širokim iskorišćavanjem omoguće strankama uopšte, a braniocima ponaosob da dovedu do izražaja svoja prava, što bi bilo u nesumnjivom interesu kako stranaka samih tako i pravosuđa.

Sa istog stanovišta treba posmatrati i tumačiti takođe i odredbu § 103 od. II kz. u pogledu prava branilaca da mogu ne samo prisustvovati no i učestvovati pri ispitu svedoka u pripremnom postupku. Poželjno bi bilo, da se prava branilaca u ovom pravcu zakonodavnim putem prošire tako da oni mogu po pravilu da prisustvuju ispitu svedoka bez obzira na bilo kakve uslove, a uz jedino ograničenje, ako se tome protivi sam dotični svedok (analogno sadašnjoj ustanovi §-a 258 kp.). Dotle pak dok se ovo pitanje ne reši putem novelisanja postojećeg zakonskog propisa sudije treba da daju ovom poslednjem što ekstenzivnije tumačenje i da dopuštaju strankama, a naročito braniocima, prisustvovanje i učestvovanje pri ispitivanju svedoka gdegod to stranke zatraže pozivanjem na odredbu § 103 od. II kp. Moralo bi se uzeti svakako za pravilo, da se ova prava dadu strankama u slučaju § 176 od. II kp., naime — kada se ima izvršiti saslušanje svedoka uz asertornu zakletvu. Dosada se, na žalost, vrlo malo pažnje obraćalo na ova dva propisa (§ 103 od. II i § 176 od. II), koji stoje nesumnjivo u međusobnoj vezi, što se vidi najbolje iz jednake motivacije obeju ovih ustanova. I u jednom i u drugom slučaju navodi se kao opravdanje prisustvovanju odnosno zaklinjanju svedoka bojazan (§ 176) odnosno verovatnost (§ 103) da oni neće moći doći na glavni pretres. Uz široko i liberalno tumačenje ovih propisa i sada bi se moralo i može dozvoliti strankama prisustvovanje

ispitu takvih svedoka u mnogo većem broju slučajeva no što to sada u praksi ima mesta.

Isto tako u praksi se često zanemaruje i odredba § 103 od. III, i ako ju zakonodavac ponovno naglašava i u propisu § 181 od. II kp. Mesto da se uvidaj redovno preduzima samo uz učestvovanje stranaka, a specijalno branioca, događa se obično obratno: uvidaj se vrši u odsutnosti stranaka, koje se redovno čak i ne obavješćuju o tome da će se uvidaj činiti. S ovom rdavom praksom, koja je uz to i protivna ne samo intencijama no i slovu zakona, trebalo bi svakako prekinuti, a putem novelisanja još više naglasiti prava stranaka u ovom pogledu.

Da zaključimo. — Savremeni sudija mora biti svestan, da moderno zakonodavstvo, verno istorijskom procesu svoga razvijanja, nastavlja ovo i dalje u pravcu pojačanja garancija ličnosti i prava okrivljenika, čemu nimalo ne smetaju ni najnovije struje u krivičnom pravu, koje naglašavaju i ističu u prvi red socijalno-etičke momente. Jer istinski napredan i uspešan može da bude rad samo onoga kolektiva, čijim je članovima pojedinačno zagantovano i omogućeno nesmetano razvijanje njihovih individualnih sposobnosti i dužnosti pa i prava.

Na osnovu izloženog čast mi je predložiti Kongresu pravika Kraljevine Jugoslavije, da izvoli po ovome pitanju doneti i rezoluciju, koja bi odgovarala iznetim ovde sugestijama. —