

347.965(430)

T ZIMPERMANN
T — ZAGREB

PRAVA BRANILACA ZA VRIJEME PRIPREMNOG POSTUPKA

Posebni otisak
iz
SPOMENICE KONGRESA PRAVNIKA

BEOGRAD
1935

3223/1
(3223/1)

Posebni otisak
iz
SPOMENICE KONGRESA PRAVNIKA

SPOMENICE KONGRESA PRAVNIKA

BEOGRAD
1935

PRAVA BRANILACA ZA VRIJEME PRIPREMNOG POSTUPKA



4.6.4.
35223

BEOGRAD
ŠTAMPARIJA I KNJIGOVEZNICA „PRIVREDNIK“
ŽIV. D. BLAGOJEVIĆ — KN. MIHAJLOVA UL. 3.
1935

Prava branilaca za vrijeme pripremnog postupka

Ova kongresna tema razotkriva najranjiviju i najslabiju stranu našeg sudskog krivičnog postupnika. Ona pruža živ dokaz punog dispariteta osnovne zamisli i konačna cilja toga zakona spram sistema i riječi njegovih paragrafa.

Dok naime po svom duhu naš krivični sudski postupnik tendira za tim, da kao reformiran, u opoziciji spram starijih, ventilira sva relevantna pitanja i oživotvoruje pravo države na kažnjavanje uz puni paritet svih parničnih stranaka, u najpunijem publicitetu, da u toj atmosferi postigne onda utvrđenje materijalne istine u konkretnom krivičnom slučaju, dotle je upravo u normama, kojim sistemizira pravo formalne obrane,¹⁾ bacio se u punoj mjeri u duh i metode ranijeg nereformiranog krivično-procesualnog zakonodavstva.

Prve početke pripremnog postupka, tamo do etape stavljanja pod optužbu, dakle cio najodlučniji kompleks pripreme radnje za definitivno riješenje krivičnog spora, bacio je zakonodavac stvarno u kabinet istražnog sudije, državnog tužioca, a dogodice i policijske vlasti i na vrata tog kabineta postavio načelo: interes postupka (§ 66 kp.) suprema lex esto! Postavlja dakle načelo utiliteta kao osnovno upravo u odnosu formalne obrane.

Svaki branilac praktičar vrlo dobro znade, da se in praxi pod egidom »interesa postupka« često i prečesto sa strane magistratualnih faktora u pripremnom postupku omete svako razvijanje formalne obrane. Ne velim hotice, ali nehotice uz rukovodstvo birokratskih maksima, osobito uobziriv silnu radnu preokupiranost. Međutim za apstraktnu meditaciju je sasvim svejedno razlog, odlučan je efekat, koji onda demantira volju i cilj samog zakonodavca.

¹⁾ Uzimamo fiksno bez detaljiranja poima formalne obrane, koji se i poklapa sa zadanom temom, jer iscrpno, kraj savršena i pregledna sistematska prikaza prof. dra Božidara Markovića u §§ 30 i 31 njegovog uzornog udžbenika ovdje to opetovati, značilo bi nositi ušare u Atenu, a djelo prof. dra Markovića ipak je svaki stručnjak morao da pročita.

Cf. i udžbenik pok. dra Ogorelice.

Životno iskustvo dokazuje, da je jadan i tužan položaj formalne obrane za vrijeme pripremnog postupka.

Ispravna je stoga riječ Hänle: »Kad se tačno promotri stanje stvari, onda izlazi, da je obrana optuženog u mnogo slučajeva stvarno u rđavom položaju spram onog optužbe i ako zakonodavstvo hoće da dade obrani ista, ako ne i veća ovlašćenja nego li optužba.«

To napose važi u oblasti pripremnog postupka, gdje je na apsolutnu štetu obrane, a u korist optužbe u osnovu poništeno načelo ekviparnosti parničnih stranaka.

Dakle pozicija formalne obrane u pripremnom postupku pretstavlja stvarno očiti demanti osnovne zamisli i cilja zakonodavca.

Odakle ta pojava potječe? Potječe iz historijske evolucije, historijske borbe ideja naprednjaštva i natražnjaštva, gdje potonje iz razloga poltronosti i kulturno-humane ograničenosti čovjeka vazda slavi trijumfe. U odnosu našeg sudskog krivičnog postupnika, a obzirom na istaknuti osnovni disparitet, važi i situaciju osvjetljuje trpkna riječ, koju Glaser²⁾ dobacuje austrijskom sudskom krivičnom postupniku iz 1853. Taj čuveni pravnik veli: »To je žalost kod ovoga krivičnog postupnika, što se na njemu jasno vidi, da se, zahvaljujuć svoj postanak toliko pobijajućim se faktorima, duh njegove cijeline i riječi pojedinih njegovih paragrafa često vrlo zlo međusobno podnašaju.«

Upravo u odnosu propisa, kojima se u našem sudskom krivičnom postupniku normira pravo formalne obrane u pripremnom postupku i obzirom na posve negativni rezultat toga normiranja moramo istaći ovu pojavu.

Kad se Austrija odlučila na reformu krivičnog postupka, a bila je među prvima, tada je tu ideju i njene osnovne smjernice sa najvećim oduševljenjem pozdravio Nestor talijanskih penalista Francesco Carrara.³⁾ Međutim, kad je djelo reforme bilo gotovo i kad je vidio, kako je normirana upravo formalna obrana u pripremnom postupku, odvrnuo se od toga zakona, napao ga kao natražnjačkog, nepravednog i sama sa sobom proturječnog, te se ispričao cijeloj svjetskoj javnosti za svoje ranije oduševljenje.

Time završavamo opći pogled, ali moramo da istaknemo sada još jednu opću stvar.

Ne samo da su norme u odnosu formalne obrane u pripremnom postupku u disparitetu sa duhom cijelosti zakona, nego one i po stilistici svojoj su manjkave. Otvara se dakle široko polje interpretacije pri primjeni tih zakonskih odredbi resp. pri supsumpciji konkretne situacije pod apstraktnu normu.

²⁾ Pošto je naš zakon puna recepcija toga zakona, to važi ta riječ nepromijenjena i za nas.

³⁾ »Opuscoli« vol. VII.

Time dolazimo na zlosretno polje interpretacije zakona i moramo časom da zastranimo od zadane teme, da onda konačno svoje izvode primjenimo na zadanu temu.

A. Holtzendorff⁴⁾ veli: »Zaboravlja se, kolike se kolizije i koliki se sukobi dešavaju u pravosuđu; zaboravlja se, kako su česte i strašne zablude čak u pravorjecima najviših sudišta; zaboravlja se kako su često samovoljne interpretacije jednog te istog zakona u razno vrijeme, a koje je interpretacije donio jedan te isti sudski kolegij.«

Stoji bezuvjetno iskustvena činjenca, da se na žalost interpretacijom zakona stvara prečesto stvarno sasvim novo pravo, moduliraju novi pojmovi. Interpretacijom zakona stvara se in concreto često situacije, koje se svojim bićem protive duhu i volji toga istog zakona. To napose važi za interpretacije zakonskih odredbi u odnosu formalne obrane u pripremnom postupku.

Te su odredbe po zakonu rasijane, normativno i stilistički nedovoljne i korektiv im leži u općoj odredbi § 3 kp., koja po duhu — na žalost ne i tekstu — važi ne samo za materijalnu, nego i za formalnu obranu.

Dakle, prije nego li predemo na sam način i metodu interpretacije zakonskih ustanova u odnosu formalne obrane u pripremnom postupku, neka je riječ o interpretaciji sa obzirom na činjenicu, da se njome često stvara neko novo pravo, moduliraju neki novi pojmovi.

Dva su osnovna momenta inertna svakom procesu, a koja oba momenta svaki čovjek, kojemu je po općoj volji dano pravo i dužnost ius dicere, a ne privilegij ius dare, mora vazda budno pred očima držati.

Prvi je momenat činjenca, da svaki proces, bio on civilni ili penalni, u suštini svojoj znači materijalizaciju duha i riječi zakona u odnosu konkretna subjekta i objekta spora.

Drugi pako momenat tvore dvije činjenice iz polja legislativne djelatnosti, a to su:

da dogodiće postoji diskrepancija između volje zakonodavca i riječi samog zakona; nadalje, da svaki pravni poredak sadržaje u svojoj konstrukciji izvjesne hijate.

Ako sada oba ova momenta uzmemo kao premise, koje nam sam psiho-socijalni život daje, onda dolazimo do logična zaključka, koji u oblasti iuris dicendi dovodi do jedne pojave, koja je osnov ovog djela našeg razmatranja, a to je, da se zbiva, — kako život uči, — da se izričući pravo stvara pravo, stvaraju pravni pojmovi.

Ova pojava u svakom procesu je odlučna, ona može da je za njega u odnosu pronalaska materijalne istine često spasonosna, a često pogubna.

⁴⁾ »Principien der Politik«, str. 114.

Ogledajmo dakle momenat materijalizacije duha i riječi zakona u odnosu konkretna subjekta i objekta spora, a pri tom ćemo se kretati samo u okviru penalnog procesa.

Osnovni je aksiom penalnog prava svih vremena i cjelokupnog čovječanstva, da je sama konkretna individualnost počinioa izuzeta od rasude zakona.

To je jasno i razumljivo, ako se uvaži, da zakonodavac prosuđuje ljudska djela samo općenito, sa stanovišta osiguranja općeg pravnog poretka i opće pravne sigurnosti. Zakonodavac je pronalazač prava in abstracto, zato on donosi opće norme, koje idu za tim, da li je u općem interesu nužno, da se zakonom fiksira grožnja kaznom ili ne.

Tim postaje zakon izrazom opće volje, jednako obvezatnim za sve građane, koje dr. Berolzheimer zove ispravno stoga pravnim podanicima zakona.

Dužnost je dakle svakog, da svoju individualnu volju formira prema općoj volji, izraženoj u zakonu, do konzekvence sintetizirane u klasičnoj riječi: si lex dura, lex esto!

Imajući to u vidu izlazi, koliko pravo imade Binding (*»Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft«*), kad veli: *»Im jeden Unrecht liegt die Auflehnung des Einzelwillens gegen den Gesamtwillen, liegt eine Missachtung des Rechtes auf Unterwerfung, aus jedem Unrechte also erwächst ein Recht, den Deliquenten zur Verantwortung zu ziehen, straffähig ist jedes Unrecht...«* I sada dodaje isti penalista: *»Aber gerade die Fülle der Gewalt legt ihrem Inhaber eine schwere Verantwortung auf: es ist nicht gegen die Kompetenz, aber gegen den Beruf des Staates, Strafen zu verhängen, wo sie entbehrlich sind oder die Strafen über die Gebühr zu verschärfen.«*

Ovako dodoh do srčike svakog penalnog procesa.

Cilj sudačke radnje je naime u tom, da ocijeni totalitet individualnosti počinioa i njegove relevantne inkriminirane radnje, da prosudi, da li je nužno u općem interesu kažnjavanje dotičnika, pa ako pronade tu nuždu opstojanom, da odmjeri kaznu u ispravnoj mjeri.

Tako postaje sudac u svakom konkretnom procesu anti-tetično zakonodavcu pronalazačem prava in concreto.

Tako postaje jasnom gromka riječ Cicerona (*Pro Cluentio*): *»Legum interpretes iudices.«*

Stvarno dakle penalni sudija u konkretno ventiliranoj stvari obavlja dvije osnovno važne psihološke funkcije:

On supsumira totalitet individualnosti počinioa i njemu inkriminacijom imputirane radnje pod apstraktnu normu.

On kod te supsumpcije obzirom na konkretno relevantne odnose interpretira zakon.

Ova psihološka radnja donosi automatski s sobom, da sudija dolazi u poziciju, da tom procedurom supsumpcije i interpretacije modulira, rekao bih, materiju zakonskog prava i stvara pojmove. Ovo pako pravo ne smijemo sucu da uzmemo,

kao što mu ne smijemo da uzmemo pravo slobodnog uvjerenja, jer bi time živo penalno pravo satjerali u čorsokak pravnog mrtvila, koje ispravno Carrara definira kao *»Idolatria delle regole generali«*.

Socijalno-pravna funkcija svakog penalnog procesa, njegova psihološka konstrukcija dovodi nas do konkluzije, da se sudovanjem modulira pravo, moduliraju pojmovi.

Iz netom iznesenih izvoda uzimam kao objekt daljnjih razmatranja interpretacionu djelatnost sudije.

Rekli smo, da je zakonodavac pronalazač prava in abstracto, a sudija in concreto. U kolaboraciju ih dovodi konkretni inkriminirani slučaj. Valja dakle utvrditi odnos između zakona i sudije, jer iz tog odnosa onda rezultira važna tema o moduliranju prava i pravnih pojmova i supsumiranju totaliteta počinioa i njegove radnje pod apstraktnu normu.

Obzirom na taj odnos zakona i sudije profesor dr. Landsberg (*Deutsche Juristenzeitung* ex 1905 pag. 921) postavlja tezu o suprotstavljenim ekstremima. Ova teza ne može da stoji, ako podemo sa sociološke i pravne baze.

Pravo je naime, kako ispravno veli prof. dr. Stampe, prisilni poredak socijalnih odnosa. Prema tome pronalaženje prava i ono apstraktno sa strane zakonodavca i ono konkretno sa strane sudije mora da vodi jednom cilju, a to je *socijalno upotrebljivo* pronalaženje prava.

Polazeći sa ovog stanovišta izlazi jasno samo jedno, da su zakon i sudija kompletirajuće se jedinice. To kompletiranje pako izražava se supsumpcionom i interpretacionom djelatnosti sudije.

Iz ovoga valja deducirati, da sudija u svojoj interpretacionoj djelatnosti mora da bude sa zakonom u jedinstvenoj cjelini da on ne smije da svojom interpretacijom modulira neko novo pravo, neke nove pojmove.

To bi bila u neku ruku funkcionalna definicija odnosa zakona i suda i sada prelazim na onu psihološku.

Često se ukazuje zakon u pojedinim svojim odredbama kao apokaliptička knjiga sa sedam pečata. Te pečate može i mora sudija iz socijalnih razloga da skida priznatim mu osnovnim pravom interpretacije.

Kad ovako dolazimo do momenta interpretacije, onda se u prvom redu moramo da na čas zadržimo kod tehničke izgradnje zakona.

Tu imademo dvije naprosto diametralno kontrapostirane teorije.

Prva je teorija Bergbohma (*»Jurisprudenz und Rechtsphilosophie«*) o *»Lückenlosigkeit der Rechtsordnung«* t.j. da u pravnom poretku neimade hijata ili pravno praznih prostora. Uz ovu teoriju pristaje i naš dr. Šilović.

Druga je teorija Stampeova, koji veli (»Die Fehlgriffe unserer Zivilrechtsjudikatur und ihre Ursachen«) da svaki pravni poredak sadrži u sebi mnogobrojne hijate.

Nu i koliko se obe teorije osnovno razilaze, one se stiču opet u jedno i to upravo obzirom na sudijsko pravo i dužnost interpretacije.

Po prvoj teoriji apsolutne kompletnosti pravnog poretka »logična moć ekspanzije« opstojećeg prava je tolika, da ona pomoću supsumpcije i dedukcije pruža potrebne norme procedure ne samo za ukupna otvorena pravna pitanja već i za novo iskrslje životne pojave.

Prema ovoj teoriji sudija stvarno i ne bi bio pronalazač prava, već naprosto otkrivač latentno opstojećeg prava, koji naprosto otkriva potrebite pravne zasade čistim logičnim operacijama.

To ne stoji, a niti stajati može!

U pravnom poretku neimade latentnog prava!

Princip nekog latentnog prava protivi se esencijalno biću pravnog poretka, koji se pojmovno ukazuje kao zbroj pravnih zasada. Pri tom je pravni učinak svake pravne zasade povezan o neki sasvim opredijeljeni učin. Ona navedena »logična moć ekspanzije« pravne zasade odnosno učina ne može nikada sizati dalje od granice, kojom zakon sadržaj učina ograničuje.

Ne može se dakle »logična ekspanzivna moć« pravne zasade da proteže na učin, koji leži van granica pozitivna zakona.

Latentnog prava dakle u pravnom poretku niti imade, a niti ga može biti. Ovako stanovište odvođi nas od konkretnosti k apstrakciji i stvara od pravnog poretka, kao zbroja pisanih pravnih zasada, sistem nepisanih principa, od kojih napisane pravne zasade znače samo pojedine slučaje primjene.

Po drugoj teoriji, po kojoj svaki pravni poredak sadrži mnošinu hijata pronalazi sudija pravo in concreto socijalnim razmišljanjem time, da pronalazi interese, prisposoblja ih međusobno, pa se onda sadržaj toga pronalaženja i prisposobljanja opredijeli u pravcu interesa, koji pronađen da je zaštite vrijedan. Međutim i ova metoda ocijenjivanja samo pravno-političkog sadržaja pravnih zasada vodi preko granica pozitivna zakona, jer se njome opstojećim pravnim zasadama stvara nadopunjujuće nove zasade.

Postavilo se međutim na koju mu drago od obaju teorija ili možda, i na koju treću, stoji činjenica, da sudiji, kao pronalazaču prava in concreto, pristoji u odnosu zakona pravo i dužnost interpretacije. Pri tom stoji jedno, da ni do danas jedne opće priznate metode pronalaženja prava interpretacijom ne imade.

Pravo i dužnost interpretacije zakona sa strane sudije i danas je jošte trkalište naivnoga diletantizma, što je dobro izrekao citirani prof. dr. Eduard Stampe (»Der Dilettantismus in unserer juristischen Begriffsbildung«), a što je napose potcr-

tala u svojoj kritici toga djela čuvena »Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft«.

Tom naivnom diletantiziranju neizmjereno je pomogla i pomaže dosele uvriježena i toli obljubljenja metoda pronalaženja prava pri interpretaciji zakona pomoću *konstrukcije*.

Pronalaženjem prava konstrukcijom ne stvara se ništa, što bi izlazilo iz praktičnih potreba, što bi bilo nešto praktički neophodno nužno, već je to produkt čiste teorije, koja se odvrća od života.

Ovu metodu stvorila je jurisprudencija prošastog stoljeća, koja je sasvim podlegla, kao i ostale znanosti, Hegelovoj filozofiji. Nosioći su te metode Savigny i Windscheid.

Medutim dok su se sve ostale znanosti u svom progresu davno riješile Hegelova upliva, jurisprudencija toga neće da sprovede i drži se vazda još metode pronalaženja prava i stvaranja pojmova konstrukcijom i ako ta metoda utvrđeno ne imade prava na znanstvenost, a pri tom u sebi krije goleme socijalne pogibelji.

Tko hoće da u oblasti prava i dužnosti sudijske interpretacije ostane na čvrstom tlu i tko hoće da njom producira u zakonskim granicama ono, što praktički neophodno nužno, taj mora da se drži po Iheringu postavljena osnovnog zakona *kongruencije pojma sa pravnom zasadom po njihovom sadržaju*. Takav pronalazač prava in concreto mora ne manje da drži u vidu i zakon *plastike*, koji iziskuje, da formiranje pojedinačnog pojma i izgrađeni sistem ne budu samo logično korektni, kako to traži zakon kongruencije, nego da to sve usljeduje sa stvarno preglednog i poučnog stanovišta.

Dok zakoni kongruencije i plastike pružaju u oblasti interpretacione kreacije čvrsto tlo, dotle volja zakona pruža apsolutno pozitivnu osnovu.

Kao što naime ne imade latentnog prava u pravnom poretku, tako ne imade niti latentne zakonske volje. Volja zakona izrečena je u njemu samome, a pritom je sadržaj te volje tačno onaj, koji proizlazi na osnovu pravila logične spoznaje iz riječi zakona.

Ovo i ovako izraženo stanovište, jedino nalazi pokrića u ustavnom pravu. Jer kako bi neki latentni sadržaj zakona odgovarao i odgovarati mogao zadaći, koju svi poredci država na svijetu daju zakonu t.j. da zakon u *autentičnoj* formi *manifestira* volju legislativne državne vlasti?

Dakle, rječju, jasno u javnom zakonu manifestirana volja zakona (pomoću zakona kongruence i plastike) smije jedina da služi osnovom interpretacionoj kreaciji sudujućeg sudije.

Ova svoja razmatranja završavam velikom Paulusovom riječju: »Non ex regula ius sumatur, sed ex iure!« i dolazimo do svoga »Caveant consules!«

I ako je uz slobodno sudačko uvjerenje pravo interpretacije zakona konstitutivni osnov sudijske djelatnosti, to to

pravo može da postane najvećom abnegacijom prava, ako se ne postupi rigorozno i u legalnim granicama.

I prof. dr. Stampe govori o pogibelji da sudija pokuša u svom riješenju izraziti zasebne političke i socijalne struje i to napose interpretacijom pomoću apstraktne konstrukcije, ali time može da se lasno pod pretekstom prava siluje samo pravo.

Zato valja svaki sudija, da interpretirajući zakon, pazi na ispravnu riječ procesualiste Varghe: »da moderni krivični sudija nije suveren, kao što su bile stare pučke skupštine, koje su ujedno bile i zakonodavci; moderni krivični sudija ne stoji nad zakonom«. Međutim rdavom i pogrešnom metodom interpretacije zakona, mimo manifestantno izražene volje zakonodavca u zakonu, odvodi se naše moderno, humano zakonodavstvo u tmine zakonodavstva policijske države.

Samo ovako na manifestantnoj volji zakona osnovana interpretacija i njenom pomoću provedena aplikacija zakona dovodi do pobjede materijalne istine, do osiguranja pravnog poretka u državi, do osiguranja ustavom i zakonima zagaran-tovanih osnovnih prava građana. Za metode pako, koje idu preko toga, važi u punoj mjeri riječ iz ranije citirana Stampeova djela.

»Uvida se, da ako se nadopunjavanje zakona izvršava ovakvim sredstvima, da nitko nije svoga prava siguran. Tko imade nesreću i pade u ruke fanatika fikcije i dedukcije, tome je ishod procesa čista lutrija!«

Reasumirajući izneseno i amalgamirajući na temu o pravima branicama u pripremnom postupku, dolazimo do ovog rezultata.

Kad već zakonski tekst u tom svom dijelu nije dovoljno jasan; kad se formalna obrana pod devizom »interesa istrage« sužuje do granica onemogućenja; kad se u pripremnom postupku poništava osnovno načelo pariteta parničnih stranaka na uhar optužbe, a eklatantnu štetu obrane i pokraj institucije materijalne obrane; kad je tako sistem normi u odnosu formalne obrane u pripremnom postupku očita abnegacija duha i volje samog zakonodavca, očita historijska pogreška kod kodiciranja, onda valja da sudija kod interpretacije tih zakonskih odredbi postupa najliberalnije u duhu samoga zakona, da pojam »interes službe« tumači najšire sa stanovišta osnovnog načela humanosti, sa stanovišta osnovnog načela — koje je u Ustavu izraženo — da je i okrivljenik pravni subjekt.

Dakako, da se ni ekstenzivnom interpretacijom ne smije, kao ni restriktivnom, stvarati nekakvo pravo, ne smiju moduli-rati neki novi pojmovi, koji idu van granica volje i duha zakona.

Svakako stoji činjenica, da kod svih konkretnih pitanja u oblasti zadane teme metoda restriktivne interpretacije stvar-no znači zatvaranje justicije u kabinet isljedujućeg magistratualnog organa ključem devize »interes istrage«, koji — nolens, volens — može biti kad i kad izraz samovolje.

Kad se isljedna radnja obavlja uz metodu restriktivne interpretacije, onda cijelo isljedivanje postaje jednostrano i ne može u pravilu da donese pravilan i punim povjerenjem od svih i svakog praćeni rezultat. Pravo naime veli John Stuart Mill:⁵⁾ »Kad je sud čovjeka takav, da se ukazuje povjerenja vrijednim, onda se pita: kako se to zbilo? Time, što je čovjek svoj duh prosuđivanja svoga mnijenja održao otvorenim i postavio si načelo, da poslušaj sve, što bi se proti njegovu mnijenja moglo izreći, pa da se onda opravdanim iznošenjima posluži, a zabludu sam sobom, dogodice i sa drugima, raspravi.«

Silazeć sa općenitih razmatranja na samu zadanu temu valja konstatovati, da se ona sastoji od dva elementa: pripremnog postupka i formalne obrane.

Svakako je potrebno sada radi sistematičnosti izvoda oba ova momenta fiksirati i obraditi sa ličnog gledišta i to napose radi toga, što se i u teoriji zbilo, da se kod nekih pisaca nije poklapao momenat rada formalne obrane sa cjelokupnim obuj-mom pripremnog postupka. Pritom naglasujemo, da imademo u vidu samo redovan krivični postupak kod oficijalnih delikata.

Kod tretiranja pitanja *pripremnog postupka* upotrebljujemo metodu dedukcije od cilja svakog krivičnog postupka.

U odnosu toga cilja citirati ćemo, plastično i esencijalno sve obuhvatajuće, riječi Varghe⁶⁾, koji veli: Dvije su jednako važne svrhe, koje svaki racionalni krivični postupak mora nastojati da postigne. Krivični naime postupak mora sa jedne strane da omogući državi, da ona može realizovati svoje pravo na kaznu. Sa druge strane mora da pruži građanima nužna jems-tva proti svakom presizanju, koje može da bude povezano o izvršivanje prava države na kažnjavanje. U harmoničnom ostva-renju oba cilja počiva ideal krivičnog postupka.

Ako sada sa empirijskog stanovišta uočimo motive i svrhu radi kojih biva svaki konkretni krivični postupak iniciran i pro-vadan, onda dolazimo do toga, da je *praktično* primarni cilj svakog konkretnog krivičnog postupka ostvarenje prava države na kažnjavanje. To se pako pravo države kat' eksohen realizuje na poprištu glavnog pretresa, na kojem se koncentrira sve, što je u postupku od esencijalne važnosti. Sve, što se do glavnog pretresa zbilo, zbilo se samo za svrhe glavnog pre-tresa, a sve ono, što se imade još da zbude, može da se zbude samo kao rezultat glavnog pretresa.

Ovo je sinteza stanovišta sviju procesualista, a to stano-vište jasno proizlazi i iz tekstom §§ 273 i 274 kp. objavljene volje našeg zakonodavca.

Pa i sa stanovišta formalne obrane u krivičnom postupku glavni je pretres odlučni stadij, jer tuj formalna obrana po prvi puta u konkretnom krivičnom postupku nastupa kao tužiocu

⁵⁾ »O slobodi mišljenja i govora«.

⁶⁾ Vargha: »Die Vertheidigung in Strafsachen« § 181.

ekviparna stranka, može da se tuj pred javnosti sa njime bori i tako pomogne, da ne dode samo do pobjede načelo materijalne istine, već da se sam konkretni postupak riješi mnogo čega, što je odraz magistratualne psihologije i mehaničnosti.

Utvrdivši ovako poziciju glavnog pretresa u svakom krivičnom postupku, dobivamo osnovnu polaznu tačku dedukcije u cilju utvrđenja pojma pripremnog postupka.

Možemo dakle reći, da pripremni postupak obuhvaća od najprvog početka (podnos prijave) dalje sve radnje suda, državnog tužioštva i policijskih vlasti⁷⁾, koje se radnje odnose na konkretni krivični postupak, a idu za tim, da se utvrdi, da li u konkretnom odnosu postoje uvjeti realizovanju prava države na kažnjavanje ili ne. Pritom imade se pripremnim smatrati cio postupak do momenta otvaranja zasjedanja po predsjedniku i objave predmeta glavnog pretresa u smislu § 236. kp.

Polazeć sa ovog pojmovnog stanovišta možemo onda da podamo ovu šemu pripremnog postupka:

1) Stadij podnosa krivične prijave proti izvjesnom licu (§§ 89—91 kp).

2) Izvidaji i istraga, koji procesni stadiji obuhvataju sve procesne radnje predviđene u Glavi X do XIV kp. plus radnje materijalne obrane, koju zakon načelno određuje u § 3 kp. resp. i u §§ 159 i 254 kp.

U ovom stadiju lučimo:

A) Izvidaje i to:

a) koje sprovode policijske vlasti ili ispravnije rečeno vlasti javne bezbjednosti;

b) koje sprovode sreski sudovi ili istražni sudija;

B) Istraga u užem smislu tj. sudsku istragu.

3) Stadij stavljanja pod optužbu, (§§ 202—211 kp.)

4) Stadij pripreme za glavni pretres (§§ 212—221 kp.)

Pri postavljanju ove šeme moramo naglasiti, da smo imali u vidu i načela iz Glave XXI kp. i da se uzelo u obzir i na tom mjestu normiranu formu procediranja kao formu redovnog krivičnog postupka.

Ovom dakle šemom podali smo po svome shvatanju jasne legalno-mehaničke granice polja djelatnosti formalne obrane u pripremnom postupku i time prelazimo na drugi elemenat kongresne teme, a to je *pojma i značenje formalne obrane u krivičnom postupku*.

Srčiku svakog krivičnog postupka, ocijenjivalo ga se sa stanovišta kojega mu drago načela, tvori logično ispitivanje izravno ili neizravno postavljene teze, da je osumnjičeno lice⁸⁾

⁷⁾ Pod policijskim vlastima podrazumjevamo i žandarmeriju. Uopće vlasti javne bezbjednosti.

⁸⁾ Stojimo naime na stanovištu Bindinga (»Normen und ihre Ubertretungen«) II str. 9., koji veli: »Ne kažnjava se krivično djelo, nego počinioc; naša su djela samo ključ našem biću.« Time se ovaj čuveni penalista ispravno postavlja zajedno sa Beltraniem (Beltrani-Scalia: »Sul governo e

kažnjivo. Ovo logično ispitivanje ide za time, da se u odnosu postavljene teze postigne puna izvjesnost, a put do postignuća ovoga cilja pun je dvojbi, koje sobom donosi i iz Ustava rezultirajuća praesumptio boni viri, koja vazda mora da imade primat ispred praesumptio doli.

Raspršiti dakle pri logičnom ispitivanju konkretno postavljene teze o kažnjivosti osumnjičenog lica sve, pa i najmanje dvojbe; postići nužnu punu izvjesnost pro ili contra postavljene teze, moguće je samo punim pripuštanjem kontradikiranja.

»Ova uloga kontradikiranja, koja ide za postignućem istine, veli Vargha, namijenjena je obrani u krivičnom postupku.«

Ako se ispravno shvati ova misao i uvaži činjenica, da krivičnom postupku osnovno akuzatorno načelo stvarno sadrži u sebi napad na osumnjičenika, onda — uvažanjem osnovne presumpsije boni viri — dobiva ovo kontradikiranje u krivičnom procesu značaj i narav nužne obrane.

Prema iznesenom može da se sa stanovišta penalno-procesne tehnike postavi pojam formalne obrane, bila ona procesna ili kaznena⁹⁾, ovako:

Obrana je kontradikcija tvrdnji, koja se u procesu postavlja na štetu osumnjičenog lica, te je ona ujedno pravna zaštita od svih štetnih posljedica na štetu osumnjičenog lica postavljene tvrdnje.

Prema tome je formalna obrana tj. branilac samostalno kolaborirajući »organ pronalaženja prava« diljem cijelega Krivičnog postupka od njegova najprvoga početka do pravosnažnosti presude, koja onda predstavlja »pronađeno pravo« za konkretni slučaj.

Pogriješno je dakle stanovište, koje konstituira pojam formalne obrane u nekoj opozicionoj vezi spram pojma pravnih lijekova i ograničuje na izvjesne etape krivičnog postupka, kako to čine Zahariä (Handbuch § 109) i Friedmann (Handbuch str. 380).

Ovako postavljen pojam formalne obrane, kako je po nama učinjeno, automatski podaje jasnu i nedvoumnu sliku značenja formalne obrane u krivičnom postupku. To značenje formalne obrane u krivičnom postupku od vazda se u svim historijsko poznatim etapama života čovječanstva, bez obzira da li in statu naturali ili u kulturnom stanju, uvažavalo. To uvažavanje je bilo vazda toliko, da su penalisti stali ubrajati formalnu obranu u krivičnom postupku među tzv. iura naturalia. Tako veli Heil¹⁰⁾: »Juris enim naturalis est defensio, et ne butiis quidem, imo ut loquentur Doctores, nec ipsi Diabolo deneganda.«

sulla riforma delle carceri in Italia«) na stanovište suprotno Schoppenhaue-rovom, koji veli: »da se zapravo ne kažnjava čovjek, nego samo djelo, da se ne bi ono opetovalo. Počinioc je samo materija, na kojoj biva kažnjavano djelo za to, da se sačuva zastrašavajuća snaga zakona, koji imade kazan za svoju posljedicu.«

⁹⁾ Cf. § 30. III. citiranog djela prof. dra Markovića.

¹⁰⁾ Heil: »Judex et defensio.«

Ili kako ono reče Lamoignon u odnosu Art. 8. četrnaestog titula kriminalne ordonnance od godine 1670.: »Pravni pomoćnik, kojeg se običaje dati optuženom, ne pretstavlja neki zakonom dopušteni privilegij, već ovaj pretstavlja slobodu, koja počiva u naravnom pravu, koje je starije od svih ljudskih zakona.«

Formalna dakle obrana u svakom krivičnom postupku od odlučne je važnosti, jer ona pomaže doznajući materijalne istine na osnovu kontradikcijom utvrđenih dokaza, ona je najjači garant osnovnog prava građanina pred svakim presizanjem za vrijeme postupka ostvarivanja prava države na kažnjavanje.

Međutim i ako je formalna obrana od odlučna značenja za svaki krivični postupak, to se ipak njoj rado baca klipove pod noge. Pravo stoga veli Vargha¹¹⁾: »Još vazda se nije riješilo predrasude, po kojoj važi aksiom, da intervencija branioca otežava i zavlaci postupak. Naprotiv! Saradnja branioca pospješuje postupak i olakšava zadaće sudiji.«

Ne smije se naime kod ocijenjivanja pitanja intervencije formalne obrane u krivičnom postupku imati u vidu iznimno i dogodice se zbilu ekscesivnu formu obrane, koja je dobila dobru oznaku u tehničkom terminu »furor defensionis.« Ne! Valja imati u vidu procesualnu poziciju formalne obrane, moralne i pravne ciljeve rada branioca pri izvršavanju formalne obrane, pa će se vidjeti etička i pravna potreba formalne obrane u krivičnom postupku.

»Quid tam porro regium, tam liberale, tam munificium quam opera ferre supplicibus, excitare afflictos, dare salutem, liberare periculis.« Veli Cicero¹²⁾ Ovu klasičnu riječ parafrizira i Camus¹³⁾ riječima: »Faire le bien, soutenir le lois, défendre les opprimés, guider ceux qui ont besoin de conseils, telles sont les fonctions auxquelles les avocats se consacrent.« Pri tom je čuveni i poznati apologeta neograničene formalne obrane Dupin jeune¹⁴⁾ postavio diagnozu formalne obrane, komparirajući je sa optužbom, ovako: »C'est une belle et noble mission que celle de défendre l'état, les droits, la fortune des citoyens; mais il est plus saint encore, et plus élevé, le patronage qui couvre de son égide leur honneur, leur liberté, leur vie menacées.«

U interesu je dakle održanja i provadanja osnovnih načela krivičnog postupka; u interesu je postignuća pravno-sociološke svrhe krivičnog postupka, da se u svakom stadiju krivična postupka pripusti u najširoj mjeri harmonično i pragmatički indicirana formalna obrana. Njeno isključivanje, njeno otežavanje adaptiranom interpretacijom zakonskih odredbi delikt je proti zakonom zaštićenu pravnom poretku, atentat je proti prirodnom pravu.

¹¹⁾ Vargha: l. c. str. 289.

¹²⁾ De orat. Lib. I. cap. VIII. 32.

¹³⁾ Camus: Lettres sur la Profession d'Avocat. Lettr. 1.

¹⁴⁾ Dupin J.: Sur l'étude et application du droit criminel.

Na koncu odjelka moramo da istaknemo još i ovo!

Kao što se ne smije odbijati formalnu obranu rad dogodice se zbivajućeg ekscesa (»furor defensionis«), kako gore istaknismo, tako sa empirijske strane ne valja je odbacivati rad toga, što usprkos uporna rada nije za svoga klijenta postigla očekivanog, pravno i faktički opravdanog efekta. Često naime konkretne relacije socijalnih sila stvaraju procesnu atmosferu, koja je posvema negativna za formalnu obranu. Pravo naime veli Seasfield¹⁵⁾: »Imade zemalja i država, gdje usprkos legija advokata i sudaca, usprkos čitavih vojska svećenika i kaludera, ne ćeš naći ni prava, a ni religije.« —

Intervencija formalne obrane u krivičnom postupku apsolutno je nužna i ta njena nužda je i de lege priznata. Čim naime sam zakon u §§ 3 et sq. kp. predviđa materijalnu obranu, onda ta zakonska ustanova automatski involvira i formalnu obranu, te se tako samo može i smije interpretirati ovu zakonsku ustanovu.

Pošto je nosioc formalne obrane branilac, to ćemo prije analize njegovih prava u pripremnom postupku utvrditi osnove njegova rada na području formalne obrane; te metodu, sredstva i formu toga rada.

Praosnov svega imalo bi biti najrigoroznije i najminucioznije provadanje načela punog pariteta procesnih stranaka. A upravo tu je zakonodavac formalnu obranu kao procesualnu stranku naprosto eliminirao i sve skoncentrirao na državnog tužioca kao dominem litis. Time su a priori sva prava branioca u pripremnom postupku, pravije do momenta stadija stavljanja pod optužbu, osuđena na to, da se kreću u uskim granicama, koje im ostavlja slobodne forma provedbe načela utiliteta (»interes istrage« iz § 66 i 67 kp.) i eventualna magistratualna benvolentnost. A kraj toga se, kako ispravno veli Gleispach¹⁶⁾, obrana sastoji u ostvarenju činjenica i pravnih razloga u svrhu, da se ili odbije ili svede na pravu mjeru pred krivičnim sudom postavljani zahtjev.

Ostavši tako formalna obrana u većem dijelu pripremnog postupka bez svoga akcionog praosnova, mora da se zadovolji sa pretpostavom mogućnosti svoga rada uopće, a to je pravna audicija.

Ta pravna audicija je dvojaka:

aktivna, da pred sudom ili vlasti javne bezbjednosti čuje tj. uzme do znanja ono, što se iznosi u vezi sa osumnjičenjem; pasivna, da može odgovoriti na teze osumnjičenja i ostvariti dialektikom i dokazima svoje prigovore.

Ostvariti ovu pretpostavu svoga rada, koja je conditio sine qua non formalne obrane, prva je i najpreča dužnost branioca, ona je ispravnom interpretacijom §§ 3 et sq kp. njegovo

¹⁵⁾ Vargha l. c. str. 854.

¹⁶⁾ Prof. dr. W. Gleispach: »Das deutschösterreichische Strafverfahren« str. 156.

osnovno pravo koje kod advokata — branioca izvire iz § 1 zak. o adv. Ostvariti pako tu pretpostavu rada moguće je samo na osnovu druge pretpostave, koja automatski iz prve izlazi, a to je lična pritomnost braniteljske procesne stranke kod svih procesualnih radnja, u koje se polaže osnove za sam proces bitnog riješenja. Ova potreba lične pritomnosti je ujedno emana-cija osnovnog načela neposrednosti. Međutim i u tom odnosu naš pozitivni zakon u pripremnom postupku vrlo suzuje prava formalne obrane.

17) Ovako bi bio u kratkim potezima, zbijenim riječima, po-dan sistem osnova rada formalne obrane u krivičnom postupku, a što se tiče metoda rada, to mislimo da se iste sastoje od sli-jedećeg:

Od neograničene potpore osumnjičenika, koja je stvarna i re-torička.

Od zaštite pred pravnim ograničenjem. U tom odnosu je is-pravno rečeno¹⁷⁾: »Kad za državu ne predleži nikakva nužda, da sa osumnjičenim, okrivljenim ili optuženim licem postupa dru-gačije nego li sa svakim inim građaninom, proti kome ne pre-dleži krivična sumnja, onda država principiuelno ne imade prava, da nad takvim licem izreče suspenziju njegovih građanskih prava, koja su u svakoj ustavnoj državi načelno osigurana.« Dakle metodom svoga rada mora formalna obrana da ide za ci-ljem sčuvanja građanskih prava pasivnog procesnog subjekta do krajnjih granica najpreče, zakonom predviđene nužde.

Od specijalne zaštite u pojedinim stadijima priprema postupka, o čemu ćemo govoriti kod analize prava u smislu same teme.

Da pako formalna obrana može navedene radne metode, na spomenutim osnovima, unutar granica pripremnog postupka realizovati, stoje joj na raspoloženje razna sredstva. Tako pri-mjerice:

Općenje sa isljednim vlastima.

Usmeno i pismeno općenje sa klijentom.

Razmatranje spisa i ogledanje pribavljenih predmeta dokaza.

Prisustvovanje izvidajnim i istražnim radnjama.

Prikupljanje obranbene dokazne gradnje in foro i van-sudno, te predlaganje sudske provedbe prikupljene građe.

Podnašanje žalbi proti riješenjima istražnog sudijske odno-sno sreskog suda.

Izjavljivanje i opravdanje prigovora proti optužnici.

Predlaganje pretsjedniku glavnog pretresa nadopune predležćih dokaza ili dobave novih, te predlaganje poziva no-vih svjedoka ili vještaka.

To su od prilike tačno sva sredstva formalne obrane u pripremnom postupku, koja svojom kvantitativnošću, upravo

¹⁷⁾ Vargha l. c. str. 354.

imponiraju, ali im je ograničenjima de lege lata i teškoćama provedbe u praksi tako slaba kvaliteta, da se još i više upro-paštava pravno ravnotežje, koje je i onako poništeno, čim nije u pripremnom postupku sprovedeno načelo stranačkog pariteta uz načelo neposrednosti.

Postavili smo ovako akcioni radius formalne obrane u pri-premnom potsupku, pa radi metodičnosti izvoda moramo sada da prozborimo još koju i o formi i sadržaju toga rada.

Po formi može rad formalne obrane da je posredan tj. pismen ili neposredan tj. usmen. Što se pako sadržaja tiče, to ćemo podati ovu šemu:¹⁸⁾

1) Prigovori proti vođenja postupka po ovlaštenom tužiocu (exsceptiones dilatoriae processus). Takvi su prigovori nenad-ležnosti i pristranosti suda; otklon izvjesnog sudije ili državnog tužioca, prigovor pomanjkanja stvarne legitimacije tužioca; pri-govor pomanjkanja identiteta pasivnog procesualnog subjekta; prigovori proti zbivšim se protuzakonitostima u pripremnom postupku itd.

2) Pobijanje pravne osnove optužbe (protudedukcija, ex-sceptio iuris seu actionis non fundatae) time, što se utvrdi či-njenica, da nije povređen krivični zakon, pa makar i stajalo, da je okrivljeni počinio.

3) Izjava o faktičnoj osnovi optužbe bilo priznanjem bilo kontradikciranjem.

4) Izjava o nastupu dokaza u vezi sa prigorovima pri-pustivosti i vjerodostojnosti sredstava dokaza tužioca.

5) Nastup protudokaza. Pritom se može ograničiti samo na produciranje dokazala o onom, što je protivno optužbenim činjenicama (neposredni protudokaz). Može da se iznese nove činjenice potkrijepljene dokazalima, kojima se dokazuje neistini-tost činjenica tužioca (n. pr. prigovor alibia).

6) Prigovor faktičnoj osnovi optužbe time, što se navode nove činjenice (n. pr. nužna obrana itd.) iz kojih rezultira ne-kažnjivost.

7) Exsceptiones peremptoriae proti tužbevnom pravu. N. pr. exsceptio rei iudicatae, zastara, pomilovanje itd.

Smatrali smo, da je ovaj prikaz osnova, metoda, sredstava i forme rada formalne obrane u pripremnom postupku nužna supozicija analitičke obradbe teme.

Prava branilaca u pripremnom postupku obradićemo po-sistemu, da ih ogledamo u svakom pojedinom stadiju pripre-mnog postupka, kako smo gore šematički prikazali. Pritom neka se ne zaboravi na vanredno umjesnu primjetbu anonimusa si-stemu hrv. kriv. postupnika u Mjesečniku ex 1893., koji veli¹⁹⁾:

¹⁸⁾ J. W. Planck: System. Darstellung des deutsch. Strafver-fahrens § 123.

¹⁹⁾ X. »Nješto o javnosti, neposrednosti i usmenosti postupka itd. Mjesečnik ex 1893 str. 319. Vrijedi dakle i za naš krivični postupak, koji je puna recepcija hrvatskog.



»Cio sustav, na kojem je utemeljen sadašnji naš kazneni postupnik, ispostavlja se samo kao neki kompromis između starih i novih načela, koja su među sobom u opreci i kao zadnja faza kaznenog postupnika — koja u ostalom ne će ostati posljednji.« Katastrofa je po pravnu sigurnost upravo to, da je i naš krivični postupnik uslijed recipiranja austrijskog resp. hrv. kriv. postupnika preuzeo u sebe i ovaj kompromis oprečnog starog i novog načela i upravo u pripremnom postupku preuzeo stara načela nereformiranog postupka i tim se zadržao taman na vratima inkvizicione maksime.

Pustimo međutim ovo po strani i predimo na samu temu!

1. *Prava branilaca u stadiju podnosa krivične prijave (§ 89 do 91 kp.).*

Ovaj stadij je moralno, socijalno i psihološki od odlučne važnosti obzirom na lice prijavljenog u vezi sa Ustavom i zakonima zajamčene i štice presumpcije boni viri. Stoga ispravno primjećuje Mittermaier: »Već odmah pri prvom koraku, koji država hoće da preduzme proti nekom osumnjičenom licu, mora ovaj da je u položaju da pobije predležee razloge sumnje.« Stvarno je najdjelotvornije sredstvo tome upravo formalna obrana.

Nu kako o njoj govoriti, kako govoriti o pravima branilaca u tom stadiju pripremno postupka, kad ga zakon ne normira, već se isti tek interpretacijom duha i volje zakona, te tehničko-psihološkom evolucijom postupka mora u svojoj egzistenciji da utvrdi.

Ali taj stadij de lege lata efektivno postoji. Uzmimo samo u obzir propise §§ 44 i 91 kp., te tu jasno onda vidimo stadij pripremno postupka u času podnosa krivične prijave resp. istovrijednog doznajanja via fama.

Čim je taj stadij po zakonu egzistentan, makar se i ne priznavalo osumnjičenom licu poziciju ekviparne parnične stranke, to ono imađe pravo odbijanja sumnje od sebe, imađe pravo formalne eobrane (§ 57 kp.).

Tu radi ispravna razumijevanja moramo da naglasimo, da ovdje istaknuti momenat podnosa prijave ne identificiramo sa podnosom prijave sa strane koje vlasti javne bezbjednosti nakon sprovedenih u smislu §-a 93 kp. izvidaja, a na osnovu koje prijave može onda državni tužioc podići tzv. neposrednu optužnicu (§ 96 kp.).

Vratimo se na stadij podnosa prijave ili — da tako kažemo — momenta, kad bi se imao po dispoziciji državnog tužioca kao domini litis da zametne krivični postupak.

Svaki krivični postupak, a to je životni aksiom, involvira sam po sebi pogodnom pasivnom licu veću ili manju pravnu štetu. Prema tome mora takvom licu, ako je doznajanjem za to u poziciji, biti omogućeno, da od prvog časa smjesta može da posredstvom formalne obrane odbije od sebe osnove sumnje

tako, da postupak ni najdiskretnijim izvidajima (§ 91 od. 3 kp.) ne bude pokrenut, već prijava a limine odbačena (§ 44 kp.).

Ako se ispravno interpretira volja i duh zakona, onda vidimo, da i u ovom najprvom stadiju pripremno postupka imađe mjesta formalnoj obrani i ako su njena prava situacijom sužena samo na iznašanje exsceptiones dilatoriae processus, exsceptiones peremptoriae proti tužbenom pravu i exsceptiones iuris seu actionis non fundatae.

Inače naš zakon u tom odnosu ništa zasebna ne govori i ne određuje. Uviđajući tu situaciju kušali su Mitterbacher i Neumayer²⁰⁾ dobronamjernom, ali suviše artificijelnom interpretacijom austrijskog, našem identičnog, krivičnog postupnika stvoriti za obranu povoljniji položaj. Oni su se postavili na stanovište, da je predlog državnog tužioca na povedenje izvidaja samo nužna pretpostava nekog okrivljenja, a da taj predlog nije okrivljenje samo; isto tako da perfekcioniranje okrivljenja ne usljeđuje već sama momentana predaja okrive, već tek njena pravosnažnost. Međutim ova interpretacija je naprosto contra legem i neprihvatljiva.

Neki teoritečari de lege ferenda predlažu uvađanje jednog zasebnog pravnog lijeka, kojim bi osumnjičeno lice moglo da spriječi, da ni časom ne bude stavljeno u poziciju procesualnog osumnjičenika, sa kojom je pozicijom bezuvjetno povezana pravna šteta. Ovo svoje stanovište o uvađanju zasebnog pravnog lijeka u ovom stadiju pripremno postupka opravdavaju ti teoretičari time, što da takav pravni lijek apsolutno nije protuslovan akuzatornom osnovnom načelu, po kojem ne podiže sud, već tužioc po vlastitoj inicijativi, okrivljenje. Po akuzatornom načelu, vele ovi teoritečari, državni tužioc imađe samo u toliko da bude dominus litis, što bez njegove volje ne smije nijedan postupak da bude otvoren i produžavan. Nije pako državni tužioc dominus litis u tom smislu, da on po svom ličnom nahodenju može i smije svakog da postavi u poziciju osumnjičenika, što sobom donosi pravnu štetu, jer bi time bila građanska pravna sigurnost znatno ugrožena.

Bilo kako mu drago, stoji čvrsto procesualno-pravna činjenica, da po našem zakonu stvarno postoji zasebni stadij podnosa krivične prijave, da se po zakonu u tom stadiju odvijaju izvjesne magistratualne radnje (odbačaj a limine ili određenje izvidaja). Po tom lice, kojega se prijava tiče, imađe kao pravno napadnuto pravo na formalnu obranu u cilju odvrćanja od sebe svake pravne, a dogodice i znatne materijalne štete ishodenjem odbačaja prijave.

Protivna interpretacija volje i duha zakona dovodila bi do pune pobjede frivolno antisocialno načelo: calumniare audacter semper aliquid haeret.

²⁰⁾ Mitterbacher — Neumayer: »Erläuterungen zur oester. Strafprozessordnung.« str. 107

2) *Stadij izvidaja i istrage*. (Glava X — XIV i XXI kp.; §§ 3, 159 i 254 kp.).

A. U prvom redu govoriti ćemo o izvidajima.²¹⁾

Izvidaje se provada u interesu ovlaštenog tužioca u svrhu, da se priberu potrebni dokazi, da onda ovlašteni tužioc uzgogne riješiti, da li će proti izvjesnog lica započeti krivično postupanje ili da li će prijavu odbaciti (§ 91 od. 1 kp.).

Pri ovome imademo u vidu činjenicu, da branilac samo zajedno sa osumnjičenim licem čine parničnu stranku. Prema tome ovdje a priori izuzimamo one izvidaje, koji se vežu samo o zbivše se krivično djelo nepoznatog, gdje se izvida činjenično stanje, a da nijesu izvidaji provedeni proti izvjesnom licu. U takvu slučaju dakako o formalnoj obrani ne imade ni govora.

Ovdje moramo sada da utvrdimo važnu činjenicu, da se provođenjem izvidaja ne konstituira nikakva procesna relacija²²⁾. Ova činjenica usmjeruje i determinira formalnu obranu, koja je inače i de lege i de praxi u ovom stadiju nesporno pristupa kao nužna i cjelishodna.

Medutim dolazimo do važne dihotomije.

Državni tužioc kao dominus litis može naime odrediti, da izvidaje obavljaju ili sudske vlasti ili one javne bezbjednosti.

a.) U prvom redu neka je riječ o izvidajima vlasti javne bezbjednosti.

Sve vlasti javne bezbjednosti po svome biću, a i pozitivnom propisu zakona, dužne su, da krivično pravosuđe u ispunjavanju njegove zadaće podupiru, te imadu djelovati tako, da se osiguraju sredstva za postignuće svrhe krivična postupka.

To djelovanje vlasti javne bezbjednosti ili je automatski-funkcionalno kao posljedica službene dužnosti ili one postupaju na osnovu naloga ovlaštenoga tužioca resp. rekvizicije nadležnog sudijske (§§ 92 i 93 kp.).

Uvaživši zakonsku instituciju automatsko-funkcionalnih izvidaja dužne su vlasti javne bezbjednosti (§ 93 kp.):

izvidati po službenoj dužnosti tragove krivičnog djela; bditi nad tim, da budu sačuvani tragovi krivičnog djela (delicta facti permanentis);

u slučaju pogibelji u odluci preduzimati pretresanje stana i lica, sistirati lice učinioca i saučesnika.

I ako sve ove radnje vlasti javne bezbjednosti izvršuju na vlastitu inicijativu, a po službenoj dužnosti, to im je ipak vazda inertnom presumpcija predloga državnog tužioca, kako to tvrdi Löwe.²³⁾

²¹⁾ Fuchs u Holtzendorff: Handbuch des deutsch. Strafprocessrechts II. 423.

Ortloff: Das Vorverfahren des deutsch. Strafprocesses.

Beiträge zur Anwendung des Strafverfahrens I. I.

Vargha I. c. str. 389 et sq.

Rulf: Die oestr. Strafprocessordnung.

²²⁾ Gleispach I. c. str. 245.

²³⁾ Löwe: Die Strafprocessordnung für das deutsch. Reich. Str. 339 et sq.

Osim ove vrsti izvidaja obavljaju vlasti javne bezbjednosti izvidaje još ili po nalogu državnog tužioca kao zakonom utvrđenog domini litis (§ 92 kp.) ili na zamolbu istražnog sudijske resp. sreskog suda.

Pošto nam nije zadatak, da se prikaže sistem izvidajnih radnja, to se nakon ovih konstatacija odmah vraćamo na tematsko pitanje o pravu branilaca u ovom stadiju priprema postupka.

Van svake je dvojbe, da je i u interesu osumnjičenog lica, a i u interesu krivičnog pravosuđa i tu nužna formalna obrana, a da je ona pritom de lege lata pristupa i uvaživa (§ 57 kp.).

Sredstva, metode i forma rada formalne obrane u tom stadiju je identična sa opisanom u stadiju podnosa krivične prijave time, da tuj pripada formalnoj obrani bezuvjetno još pravo pravne audicije i uvidaja u spise.

Samo je pitanje: pred kim se imade da razvija formalna obrana?

U slučaju automatsko-funkcionalnih izvidaja forum interventionis je dotična vlast javne bezbjednosti, a dakako i državni tužioc kao dominus litis, kao organi kojega te vlasti javne bezbjednosti svoju djelatnost i razvijaju.

U slučaju obavljanja izvidaja po nalogu državnog tužioca forum interventionis je samo on lično, jer u tom slučaju vlasti javne bezbjednosti rade isključivo po smjernicama, dobivenim od njega (§ 92 od. 2 kp.). U takvu stadiju dakle vlasti javne bezbjednosti ne imadu niti vlastite inicijative, a ni mogućnosti bilo kakva mobiliteta van danoga smjera. Ovo potonje salvo dužnosti iz § 93 kp., ako se naime ispolje sasna novi hitni momenti.

Konačno u slučaju obavljanja izvidaja uslijed rekvizicije istražnog sudijske resp. sreskog suda razvija se formalna obrana intervencijom kod ovih odnosno i kod državnog tužioca, koji vazda i u svakom slučaju ostaje dominus litis.

b.) Medutim sada dolazimo na drugu formu izvidaja, a to su oni, koje obavlja istražni sudija ili sreski sud.

Državnom naime tužiocu pripada slobodan izbor (§ 92 kp.) o tom, da li će predizvide dati obaviti po vlasti javne bezbjednosti ili pako po sudbenim vlastima. I jedne i druge su vezane na njegove prijedloge, u koliko su zakoniti, te im imadu udovoljavati bez prava ispitivanja njihove shodnosti.

Neki teoretici, a među njima citirani Mitterbacher-Neumayer²⁴⁾, vele da sudskim vlastima pripada pravo i dužnost ispitivanja dopustivosti i umjesnosti obave predloženih izvidaja, te im dozvoljavaju potpuni ili djelomični otklon obave istih. Ovo potonje napose ako nađu, da ne predleži učin krivičnog djela.

²⁴⁾ Mitterbacher-Neumayer I. c. str. 242 et sq.

Ovo mnijenje po našem shvatanju ne stoji, ali imade ispravnih drugih mnijenja²⁵), koja tvrde, da istražni sudija resp. sreski sudija mora, dobivši prijedlog držav. tužioca:

a) samostalno rasuditi, da li su ispunjeni svi zakonski uvjeti za ispunjenje zahtjevanog izvidajnog djela (n. pr. zaustave ili otvaranja pisama, pretresa stana i lica);

b) samostalno i preko prijedloga uređovati, ne čekajući daljnji prijedlog, kad opazi ili sazna (ovo je važno za formalnu obranu) da je nužno n. pr. saslušavanje daljnjih novih svjedoka;

c) da je dužan izvidati ne samo optužbu nego i obranu osumnjičenog lica.

Ove tvrdnje imadu puno pokriće u samom kontekstu zakona tj. u § 92. od. 3. kp., gdje se određuje, da istražni i sreski sudija imaju za izvršenje izvidaja po prijedlogu državnog tužioca ona prava i one dužnosti, koje ima istražni sudija u istrazi. K tome valja uzeti u obzir i ustanovu §§ 94 i 95 kp.

Da je ovo stanovište ispravno, dokazuju i riješitbe ranijeg banskog stola u Zagrebu od 22 III 1883 broj 5852 i 22 VIII 1884, broj 19385, koje su u iznesenom smislu protumačile propis (§ 81, 87 i 88 ranijeg hrv. kp., koje je naš krivični postupak recipirao u svojim §§ 92, 100 i 101). Prema tome citirane rješitbe banskog stola vrijede i za naš krivični postupnik.

Pri tom smo iznijeli neodrživo mnijenje Mitterbacher-Neumayera zato, da se ne bi tko našao, koji misli, da formalna obrana imade pravo da razvije svoj rad pred izviđajućim sudskim vlastima u pravcu, da se ishodi preispitivanje dopustivosti i shodnosti predloženih izvidajnih radnja te dogodice izshodi i djelomični resp. potpuni otklon obave zahtjevanje izvidajne radnje.

U izviđajima sudskih vlasti, osim sprovedanih po prijedlogu državnog tužioca, imade onih, koje sudske vlasti obavljaju po službenoj dužnosti na osnovu neposredno im stiglih krivičnih prijava. Zasebno su pako još i izviđaji, što ih vrši nadležni sreski sud na zamolbu po zvaničnoj dužnosti uređujuće vlasti javne bezbjednosti, a u svrhu preduzimanja interimnih hitnih izvidajnih radnja u svrhu sačuvanja tragova krivičnog djela, kako to propisuje § 93 kp.

Van svake dvojbe stoji čvrsto pravo na punu formalnu obranu u ovom stadiju pripremna postupka, a ostaju formalnoj obrani ista sredstva, koja i ranije nabrojismo, samo ovdje ulazi još i sredstvo žalbe. Formalna obrana može razvijati svoj rad i kod sudske vlasti i kod državnog tužioca.

Formalna obrana je u ovom stadiju pripremna postupka od osobite važnosti obzirom na činjenicu, što državni tužioc može (§ 96 kp.) nakon sprovedenih izviđaja, a na osnovu rezultata istih, odbaciti prijavu. Ovaj momenat je od silne materijalne i moralne važnosti za pogođeno lice. Istina je, da je ono već za-

²⁵) Rulf I. c. § 858: S. Mayer: Handbuch des oesterr. Strafprocess-rechtes str. 365.

metnućem i provedenjem izviđaja pretrpilo štetne pravne posljedice, ali mu odbačajem prijave ostaje uštedenom najgora šteta tj. sjediti na prangeru optuženičke klupe u glavnom pretresu pred cijelom javnošću. Često puta je poslije te moralne torture liberatorna presuda prosto Pyrhova pobjeda.

Na dogledu dakle ovog uspjeha, koji se na koncu izviđaja može za pogođeno lice da postigne, mora formalna obrana uprijeti sve dopuštene sile, da postigne taj uspjeh, ako je pravedan, upotrijebivši sva joj de lege u tom stadiju pripremna postupka pripadajuća prava, a koja diljem dojakošnjih izvoda nabrojismo i opisismo.

Neophodna nužda formalne obrane u ovom stadiju predizviđaja tj. izviđajima budi pred sudskim vlastima, budi pred onim javne bezbjednosti indiciraju i dva golema zla, od kojih jedan via facti, a drugi secundum praecepta legis građanina mogu da zateku.

Uzmimo najprije izviđaje, što ih provode vlasti javne bezbjednosti:

Tuj u prvom redu, u pravilu, stvar dobiju u ruke eksekutivni organi, koji rade na terenu. Osobito je to slučaj kod krivičnih djela na selu, gdje uređuje žandarmerija. To su dođuše strukovno obrazovani ljudi, ali njihova naobrazba je minimalna, ona dotječe, da se tako izrazimo, tek za prvu krivičnopravnu pomoć. Moć njihove rasude ne dosiže do zakonske ocjene cijelog kompleksa pitanja i ne dosiže uopće do nekog višeg gledanja na stvar. Oni se drže samo fakata i sa njima operiraju. Ako se u ovom i ovakovom stadiju pripremna postupka isključi formalnu obranu, ne samo da može cijela stvar da zahiri, već se može da zbude, da via facti, bez zakonite i zakonske vlasti, dode do čuvene applicatio flagelli. Zar može čovjeku onda odbačaj krivične prijave da reparira nanešenu nepravdu?!

U drugom redu dolazi u obzir drugi negativum, koji može građanina u tom stadiju pripremnog postupka da zateče, a to je suspenzija njegove zakonito zaamčene slobode određenjem pritvora. Kud će u takvoj situaciji pogođeni čovjek bez formalne obrane? Pritvor ga imobilizira u svakoj akcionoj mogućnosti. On može da imade primjerice na raspoloženje i dokaza lične nekrivnje, on bi ih mogao vrlo lasno i da nade, da je u slobodi. Tuj mu može samo formalna obrana da pomogne.

Formalna obrana upotrebljujuć pristojeća joj prava, ne samo da može eventualno da pruži pun dokaz nekrivnje ili drugih važnih okolnosti, nego ona može da poradi i na tom, da se rad faktičnih i pravnih razloga digne suspenzija slobode odnosno da se barem skрати na najnužnije najkraće vrijeme, što je i odredba zakona.

Ovi nabrojani razlozi dokazuju, kako je i pokraj odredbi zakona procesualno-tehnički i te kako nužna u tom stadiju pripremna postupka intervencija formalne obrane; da se u tom odnosu sa strane svih vlasti, koje rade ili sudjeluju u krivičnom

postupku (§ 3 kp.) imade najekstenzivnije tumačiti volja, duh i riječ zakona, jer to iziskuje pravna sigurnost u državi.

B) Upravo pod negativnim auspicijama pravne institucije istražnog zatvora začinjemo u drugom redu govoriti o sudskoj istrazi,²⁶⁾ te pravima formalne obrane u njoj.

»Zadaća sudske istrage, veli Gleispach,²⁷⁾ sastoji u prethodnom ispitivanju podignutog okrivljenja zbog određena krivična djela proti izvjesnom licu, uz podjedno istraživanje činjeničnog stanja po istražnom sudiji, da se tako uzmognu utvrditi momenti, koji su podesni da omoguće odluku ili o obustavi krivičnog postupka ili o stavljanju pod optužbu i koji su podesni da pripreme dokazivanje na glavnom pretresu.«

Već sam momenat oko provođanja istrage predstavlja jedan podstadij u pripremnom postupku, koji involvira potrebu intervencije formalne obrane.

Valja pri tom uvažiti, da se upravo na području sudske istrage po prvi puta u pripremnom postupku nešto malo reparira stranački disparitet u korist formalne obrane spram optužbe. Ta reparacija leži u zakonskom određivanju relacije držav. tužioca spram istražnog sudije i krivičnog vijeća.

Istražni naime sudija imade dužnost u prvom redu, da stavljeni mu istražni predlog ispita u procesualnom i krivično pravnom odnosu. On imade da ispita svoju stvarnu i mjesnu nadležnost, te ovlaštenje predlagača; imade da odluči, da li se imade uzeti, da predleže dovoljni razlozi sumnje opstojnosti objektivnog učina izvjesnog krivičnog djela proti izvjesnog lica.

Ako ne može da istražni predlog prihvati ili o prihvatu dvojili, imade smjesta da ishodi zaključak krivičnog vijeća.

Ni istražni sudija, a ni krivično vijeće nijesu vezani na pravnu kvalifikaciju po tužiocu progonjena djela. Krivično vijeće može u svojem riješenju, kojim prihvaća poveljenje istrage, progonjeno djelo inako kvalificirati, što može napose u odnosu istražnog zatvora biti od važna pravna značenja (n. pr. § 119 od. 2. kp.).

Valja ovde istaći još jednu važnu procesualnu činjenicu. Kad je naime naredbom istražnog sudije ili rešenjem krivičnog vijeća istraga otvorena, onda se konstituira procesualno pravni odnos u formi pravnog spora između tužioca i okrivljenog, o kojem slučaju odlučuje sud. Sada je istraga isklopno stvar suda, koji kao procesni subjekt stoji nad strankama.²⁸⁾

Ovim prikazom stadija pripremnog postupka oko otvaranja sudske istrage, htjedismo ukazati na goleme aperture

²⁶⁾ Glaser: Handbuch des Strafprocesses.

Gross: Handbuch für Untersuchungsrichter.

Gross-Höpler: Erforschung des Sachverhaltes.

Ostali gore citirani pisci.

²⁷⁾ Gleispach l. c. str. 249.

²⁸⁾ Gleispach l. c. str. 251.

Mitterbacher-Neumayer str. 214 i 245.

rada formalne obrane, koja ne samo da je u punoj mjeri nužna i pripustiva (§ 57 kp), već ona postaje dogodice obligatornom (§ 60 od. 1. kp.)

U ovom dakle stadiju istrage imade formalna obrana pravo, a napose i dužnost, da zakonom mu stvorenu povoljnu situaciju pred istražnim sudijom i krivičnim vijećem, ako imade za to čvrstih pravnih i stvarnih podloga, upotrebi u korist okrivljenog si klijenta.

Upotrebom svoga prava pune pravne pasivne i aktivne audicije; prava uvidjaja u spise, bez obzira da li ograničena ili ne (§ 66 kp); prava interponiranja exceptionum dilatoriarum processum, exceptione juris seu actionis non fudatae, exceptionum peremptoriarum, prava žalbe; mora formalna obrana nastojati da kod istražnog suda dokaže, da je nastupio momenat, da se istražni predlog ne prihvati odnosno, da se pogriješna pravna kvalifikacija djela u predlogu izmijeni u ispravnu.

Ponajpče iziskuje u ovom stadiju pripremnog postupka aktivnost formalne obrane okolnost, ako se uz poveljenje istrage predlaže i odredjenje istražnog zatvora, u koliko se napose radi o fakultativnom.

Ne samo, da je istražni zatvor kao suspenzija građanske slobode pravno veliko zlo kao i sama kazna, ako ne i veće²⁹⁾, nego on u pravilu sa punom neopravdanostu pred najširokom laičkom, a često i onom strukovnom, znači kao neki jak indicij lične krivnje okrivljenog. Određeni istražni zatvor, empirički govoreć, može da dotuče i najpravednijeg čovjeka.

Ovdje bi se moralo mnogo i premnogo da govori o relaciji momenta određivanja istražnog zatvora i rada formalne obrane, ali to bi odvelo daleko preko granica teme. Konstatovati se mora samo to, da od vajkada oko pitanja određivanja istražnog zatvora i njegova držanja na snazi formalna obrana najžešće bitke bije uz skoro redovan trijumf državnog tužioca. Odakle ti trijumfi državnog tužioca? Od tuda, što je sustav, kako istakosmo, našeg krivičnog postupnika kompromis između starih i zastarjelih načela, te onih reformnih, a upravo pripremni stadij, inclusive pitanje istražnog zatvora, normirani su po starim načelima nereformirana postupka.

Ovaj podstadij otvaranja istrage i određivanja istražnog zatvora, ovako kako je normiran, ponukao je teoriju, da — govoreć de lege ferenda — postavi zahtjev na uvođenje pune stranačke javnosti u svim istražnim radnjama, na uvođenje kontradiktorne debate uz puni stranački paritet o pitanju otvaranja istrage i određivanja istražnog zatvora. Protivnicima ovoga doziva se u pamet engleska praksa kao živ demanti svakog strahovanja u odnosu da bi se punom stranačkom javnošću i uvadjanjem kontradiktornog postupka tok sudske istrage samo ometao i odugovlačio. Engleska praksa naprotiv dokazuje, da

²⁹⁾ »Projekt i motivi kaz. zakona za Kraljevinu Srbiju« ex 1910.

se tom metodom procediranja u znatnoj mjeri uštedjuje trud i vrijeme.

Interesantnosti radi valja istaći još i to, da upravo Austrija, čiji smo krivični postupnik posredstvom ranijeg hrvatskoga recipirali, najenergičnije radi na reformi toga pripremnog krivičnog postupka.

Ocijenivši ovako pitanje i dužnosti branilaca u ovom podstadiju pripremnog postupka, koji se odvija oko otvaranja sudske istrage, prelazimo na ocijene istog pitanja u stadiju samog provodjanja otvorene sudske istrage.

Od odlučne je tuj važnosti procesualna činjenica, da istražni sudija provadja istragu po vlastitoj ocjeni i ako unutar limita predloga državnog tužioca. Formalna dakle obrana imade da upotrebi sva svoja prava, da dokaže istražnom sudiji, a dogodiće i krivičnom vijeću, da je iz opravdanih i dokazanih razloga pravna potreba druge ocjene, nego li je ona državnog tužioca.

Veliko polje rada otvara se dakle u ovom stadiju pripremnog postupka, ali je taj rad teoretski već golemo otežan time, što je — kako opetovano naglasismo — nahvalice zabaceno načelo pariteta stranaka, što u praksi znade da dovodi često do svake bezizglednosti formalne obrane. Ovu bezizglednost pojačavaju onda i drugi momenti n. pr. ograničenje uviđaja u istražne spise, ograničenje slobode saobraćaja sa istražnikom, a to sve u neopredijeljenom »interesu istrage« (§ 66 et sq kp.). Taj interes istrage tako je neopredijeljen, da se pri praktičnoj primjeni često prosto prevodi iz sfere objektivnosti u sferu čisto subjektivna gledanja dotičnog uređujućeg faktora. Ima za prava formalne obrane u ovom stadiju pripremnog postupka i drugi momenat, koji otežava, a često pravi i iluzornom svaku branilačku intervenciju. Taj momenat proizlazi iz zakona, a to je, da su norme, koje reguliraju pitanje prava pritomnosti formalne obrane pri istražnim radnjama dispozitivne naravi. Ako ovo ocijenimo sa stanovišta prakse, onda moramo utvrditi apsolutno negativnu činjenicu, da se premnoge istražne radnje (primjerice kat'eksohen uvidjaji) obavljaju, a da formalna obrana o njima ni pojma neimade. Koliko time šteti interes pravosudja na vremenu i trudu, dokazuje bezbroj slučajeva, gdje je intervencijom formalne obrane na glavnom pretresu prosto u osnovu korigirana takva in absentia formalne obrane provedena istražna radnja tako, da dolazi do apsolutorne presude. Da je u takvim slučajevima odmah bila pritomna formalna obrana, ona bi već tada svojom kolaborirajućom intervencijom stvorila takvu čistu situaciju, a koliko li bi time pravosudju, a i pravnoj sigurnosti, bilo uštedjeno, i koliko li bi od pravne štete bio okrivljenik sačuvan?!

Da, da! Ta prava formalne obrane stvarno su lucus a non lucendo. Kvantitativno ih imade sijaset, a kvalitativno su u svojoj legalnoj ograničenosti, koja se pri praktičnoj primjeni via

facti još povećava, vrlo sitna i djelotvorno sasvim nedostatna. Razumljivo je to, a time opetujemo svoju opetovanu stavljenju tvrdnju, kad se uvaži legislativnu taktiku, što je zakonodavac za volju kompromisa upravo pripremnog postupak normirao sa stanovišta inkvizicionog načela.

U interesu je ispravne ocjene temom iznijeta pitanja, stvarno procesualno-tehnički i pravno problema, ako se ovdje ogleda sistem prava branioca u tom stadiju pripremnog postupka, ali pod istodobnim osvjetljenjem legalnih ograničenja, koja se onda dogodiće pretvaraju u praksi u pravu katastrofu.

Istakosmo tako procesualno pravno važnu činjenicu, da okrivljeno lice zajedno sa formalnom obranom čini procesualnu stranku. Tu dakle imademo jednu čvrsto pravno konstituiranu procesualnu jedinicu. Ova jedinstvenost i nužda jedinstvenog emaniranja involvira sobom logički i automatski potrebu intenzivne kolaboracije obaju konstitutivnih elemenata te procesualne jedinice t. j. okrivljenog lica i njegove formalne obrane. Tu potrebu honorira i zakonodavac u odnosu okrivljenika, koji je u pritvoru ili istražnom zatvoru odredbom u § 67 kp, kojom načelno dozvoljava neograničeno pismeno i usmeno općenje.

Prije nego predjemo na samo legalno ograničenje toga prava, koje je jedno od najvažnijih i najhnačajnijih za branioca, valja da se dotaknemo onih ograničenja, koja sam život donosi u praktičnu provedbu toga priznata prava. Kratko ćemo samo tu da iznesemo ta praktična ograničenja, a svako neka si onda sam iz svoje autopsije i prakse iskonstruiše nužnu sliku. Prvo praktično ograničenje izvršavanja toga prava donosi sa sobom uredovno vrijeme. Drugo, organizacija rada kod sudova, gdje će se kod većine naći, da stranke i advokati bez poziva imadu pravo pristupa u sudske uredovnice samo za vrlo kratki vremenski razmak (obično od 11 do 12 do podne). A to je jedino vrijeme, kad može branilac da to svoje zakonom zajamčeno pravo realizira. Konačno dolazi praktično ograničenje i preopтереćenošću sudija. Posljedice tih praktičnih ograničenja nećemo ovdje da ističemo, već prelazimo na sama zakonska ograničenja načelno priznatog toga prava.

Čim je naime zakonodavac loco citato načelno dozvolio općenje između okrivljenika i branioca prepao se, kao svjestan sistematski nosioc inkvizicione maksime, svoje humanosti i liberalnosti, pa smjesta postavlja tom načelno priznatom pravu ograničenje.

Kao razloge tim ograničenjima navodi zakon:
ako interes istrage nalaže;
ako postoji osnovana bojazan zloupotrebe slobode pismena i usmena komuniciranja.

Kakvi su to razlozi? Ta oni in thesi imadu u vidu objektivne momente, a stvarno njihovom provedbom cijela situacija neopredijeljenošću i nejasnošću stilizacije biva prebacivana na subjektivno polje.

Uzmimo razlog »interesa istrage«. Da li interes istrage nalaže ograničenje prava komuniciranja, to ocjenjuje sam istražni sudija. To je dakle njegovo čisto subjektivno stanovište. Medjutim formalna obrana razloge toga stanovišta ne može i ne smije nikada doznati, jer njihovom manifestacijom prestaju. Ako naime istražni sudija saopći braniocu te interese istrage, koji nalažu ograničenje predmetnog prava branioca, onda je ograničenje iluzorno, onda može mirne duše biti pripušteno daljnje komuniciranje. Ima de praxi i drugih momenata, ali im ovdje nahvalice izbjegavamo.

Uzmimo nadalje razlog »osnovne bojazni« zlupotrebe načelno priznata prava komuniciranja. Ovo je zaista cvijet normiranja po inkvizicionoj metodi!

Ne imade dvojbe, da je fundamentalni zahtjev pravne sigurnosti i svrhe krivična postupka, da se njegov tok ne ometa i ne obzuspješi. To je jedna sasvim objektivno relevantna činjenica, relevantna pravno i socijalno. Svaki dakle pravedan i objektivni istraživač toga pitanja mora priznati, da valja bezujetno zabraniti sve ono, što može da ometa i uništi ili na krivi put odvede tok sudske istrage.

Nu ovo sve se kreće još uvijek u granicama pravne objektivnosti. Nastaje sada pitanje: zašto zokonodavac ide svojim načinom normiranja svadjati na individualno subjektivno polje?

Bojazan, bila ona osnova ili ne, spada u svijet čustava i osjećaja. Vezana je o psihičke kvalitete lica, koje imade da o ograničenju odlučuje. Ako dakle sa toga stanovišta individualnosti odlučujućeg o tom pitanju lica podjemo, onda sa stanovišta psihološke empirije moramo konstatovati, da će to pitanje »osnovne bojazni zloupotrebe« diametralno kontrapostirano riješavati sumnjičav pesimista, nego li vedar optimista. Čemu ocjenu važne objektivne činjenice, jednog od osnovnih prava branilaca, povezivati o subjektivni momenat?! Ili postoji zloupotreba komuniciranja ili ne, to je glavno pitanje, a koga je volja, neka svoj subjektivni strah kod kuće pretrpi.

Mnogo bi se dalo da govori o toj zlosretnoj metodi normiranja, osobito obzirom na rezultate provedbe u praksi, ali prelazimo preko toga i konstatovavši to pravo branioca iznesosmo, kako ono uz ograničenja izgleda.

Iste te objeckije imademo i u odnosu drugog prevažnog prava branioca u ovom stadiju priprema postupka, a to je načelno u § 66 kp. priznato pravo razmatranja spisa i ogledanje pribavljenih predmeta, koji služe kao dokaz.

Konstatujemo, da u odnosu prava ogledanja pribavljenih predmeta, koji služe kao dokaz, zakon ne pozna nikakva ograničenja, ali zato pozna u odnosu razmatranja spisa i to opet rad imperativa »interesa postupka«. Svojim subjektivnim gledanjem, a nećemo opetovati rečeno, adaptiranom ili nehotično krivom interpretacijom citirane zakonske odredbe, može pravo formalne obrane da ostane mrtvo slovo, može via praxi formalna obrana da ostane za veći ili manji dio, a dogodice i cijelu istragu.

u svom radu potpuno praktično imobiliziranom, kraj inakog apstraktnog zakonskog punog priznanja i pripuštanja.

Kod trećeg osnovnog prava branioca u ovom stadiju pripremnog postupka t. j. prava prisustvovanja branioca izvjesnim istražnim radnjama predleži dvojako ograničenje de lege.

Prvo, što to pravo ne vrijedi za sve istražne radnje, već je vezano samo za one radnje, kojim se poglavito i po pravilu utvrđuje postojanje krivičnog djela i ako se one na glavnom pretresu ne mogu ponoviti ili su po prirodi svojoj takove, da se u opće ne mogu ponoviti (§ 103 kp.).

Drugo, što je to pravo konstituirano u formi dispozitivne norme, čime okrivljeni praktično postaje objektom zajedno sa svojom formalnom obranom, a to u stvari znači abnegaciju pravne države. Dispozitivna pako narav ove norme dovodi praktično do onih rezultata, koje gore iznesosmo.

Tim kratkim osvrtom prelazimo na daljnje osnovno pravo formalne obrane u tom stadiju priprema postupka. To je pravo sudjelovanja kod dokaznog postupanja. Ispravno veli prof. Dr. Marković³⁰): »I dužnost je i pravo njegovo (t. j. branioca), da kroz ceo postupak traži i prikuplja dokaznu gradnju za odbranu.«

Branilac može to prikupljanje dokazne gradnje da izvršava u samom sudu prilikom provadjanja istražnih radnja diljem dokazna postupanja ili i vansudno. Realizovati može formalna obrana uspjehe toga svoga rada time, da posredno ili neposredno upotrebi svoje pravo pasivne pravne audicije.

Tom pravu branioca u ovom stadiju priprema postupka ne prijeti nikakvo ograničenje. On je u tom svom pravu ograničen samo stvarnošću, strukovnošću i eksistentnim procesu alno pravnim i tehničkim potrebama. Preko tih limita ne smije da ide, da ne zapadne u negativni, ekscesivni »furor defensionis«.

Time bismo ocijenili pitanje prava formalne obrane za vrijeme provadjanja sudske istrage i dodjosmo do podstadija njena okončanja.

Taj podstadij priprema postupka odvija se u glavnom pred državnim tužiocem, ali i pred istražnim sudijom. Nećemo da zalazimo u formu evolucije toga podstadija i formu njegova završenja, koje je za sam krivični spor od najodlučnije važnosti, već prelazimo na tematsku zadaću t. j. pravo branioca u tom podstadiju priprema postupka.

Tu imade branioc, koji je do tada upotrijebio savjesno sva svoja prava, jedino pravo posredne ili neposredne, a i promiscue, pasivne pravne audicije, kojom prigodom može onda da reasumando iznese na osnovu podataka same istrage sve svoje objeckije, te da tako ishodi ili obustavu istrage ili drugu pravnu kvalifikaciju.

Ovaj završni podstadij priprema postupka može da donese za formalnu odbranu još jednu važnu dužnost, a ta je, da upotrebom svih svojih prava radi na dokinuću eventualnog istražnog zatvora.

³⁰) dr. Marković l. c. 33 toč. 4.

kroz ceo postupak traži i prikuplja dokaznu gradnju za odbranu«

Kod onog fakultativnog iz razloga § 113 toč. 3. kp., može to tim lasnije, jer u pravilu dovršenje istrage suspendira svaku bojazan kolizije.

Kod obligatornog istražnog zatvora može da ishodi dokinuće, ako mu je upotrebom prava pasivne pravne audicije uspjelo pravno prekvalificiranje progonjena djela na takovo, koje involvira samo primjenu fakultativna istražnog zatvora, a ne postoji niti jedna causa arresti, dočim je obligatorni istražni zatvor bio odredjen samo obzirom na pravnu kvalifikaciju djela.

Ovo, što iznesosmo o radu formalne obrane u odnosu istražnog zatvora, odnosi se u glavnom na momenat, da se istraga ne obustavlja, već da se okrivljeni stavlja pod optužbu.

3.) Stadij stavljanja pod optužbu (§§ 202—211 kp.)

U ovom stadiju pripremnog postupka formalna je obrana u punom i neograničenom posjedu svih gore enumeriranih prava, kojima još pridolazi i pravo interponiranja izvanrednog pravnog lijeka t. j. izjavljenja i opravdanja prigovora proti optužnici (§ 204 kp.) resp. pravo žalbe proti optužnicom predloženog istražnog zatvora (§ 205 od. 4. kp.).

Ostavljajući po strani ostala prava formalne obrane povezujemo ovdje svoje izvode samo o akt izjave i opravdanja prigovora. Ova radnja je puna emanacija prava posredne pasivne pravne audicije formalne obrane.

Ovo pravo formalne obrane je od osnovne važnosti, ono je defenzivno u odnosu okrivljenika i imputirana mu krivična djela, a ofenzivno je spram državnog tužioca kao dominem litis. Nu i tu nije uspostavljeno načelo stranačkog pariteta već naprotiv, jer sud pri rješavanju sasluša mnijenje državnog tužioca. Ako uzmemo, da je državni tužioc³¹) već u optužnici temeljito, a to mora da bude po § 202 kp., obrazložio svoje stanovište, onda njegovo saslušanje pri rješavanju prigovora znači, da mu zakon daje pravo dvaju procesualnih radnja na dogleđu jedne jedine radnje okrivljenika. To je tim veće poništavanje elementarnog ravnovjesja, ako se situacija ocijeni sa pozicionog magistratualnog stanovišta državnog tužništva.

Jedini remedium toj pravnoj i socijalnoj nepravdi je i opet, što neprestano naglašujemo, da se neograničeno uspostavi načelo stranačkog pariteta, pripusti neograničena stranačka javnost i uvede rješavanje na bazi usmenog kontradikiranja. Medjutim to je pitanje, koje se može da riješi samo de lege ferenda, a mi moramo ovdje da kalkuliramo samo sa zasadama legis latae.

Zato se i vraćamo na pitanje prava formalne obrane na interponiranje prigovora proti optužnici.

Kod prigovora formalna obrana može da drugostepenom sudu iznese ne samo sve ekscepcije, kako smo ih gore naveli,

³¹⁾ Tuj imamo u vidu personalni karakter organizacije državnog tužništva kao organa ministra pravde.

već može da iznese svoje konstatacije formalnih pogrešaka i nedostataka podignute optužnice ili samog provedenog postupka (§§ 206—208 kp.).

Kod metode toga rada, toga realizovanja svoga prava, mora formalna obrana paziti na osnovnu činjenicu, da drugostepeni sud nije uslijed prigovora presudni, već da imade samo sa stanovišta u zakonu taksativno navedenih momenata ocijenjivati predležuću optužnicu. Prema tome je rad drugostepenog suda vazda formalno-pravne naravi, pa i onda, kad odlučuje o materijalno-pravnim pitanjima, koja se kroz navedenu narav rada drugostepenog suda pretvaraju ili dobivaju vid formalnih manjkavosti.

Svakako formalna obrana neimade prava da drugostepenom sudu predlaže saslušanje novih svjedoka ili vještaka, a niti može to ovaj odrediti, ako se radi o tome, da pristaje na optužnicu. Formalna obrana može da učini takav predlog samo u vezi po njoj potpuno utvrđenog manjkava razjašnjenja stvari (§ 206 kp.). Takvi predlozi su supsidarne naravi t. j. dolaze do važenja samo onda, ako drugostepeni sud uvaži prigovor formalne obrane u odnosu manjkava razjašnjenja stvari i vrati optužnicu na popravak.

4.) Stadij pripreme za glavni pretres (§§ 212—221 kp.)

U tome završnom stadiju pripremnog postupka oživotvara zakonodavac u §-u 217. kp. pravo saradnje formalne obrane na dokaznom postupanju. Tuj zakon formalnoj obrani daje pravo, da posrednom ili neposrednom pasivnom pravnom audicijom kod pretsjednika glavnog pretresa kompletira stare ili dobavlja nove dokaze. (Stilizacija zakona na tom mjestu nije sretna, jer na jednoć tuj postavlja neku razliku između dokaza i svjedoka, kao da svjedoci nisu sredstva dokaza. Cf. konstrukciju i stilizaciju odjelka VI. Glave XVII kp.).

Realizovanje ovog prava formalne obrane može dogodice da bude od presudne važnosti za glavni pretres.

I ovom pravu formalne obrane daje zakon izvjesna ograničenja.

Opravdano je ograničenje, koje se odnosi na predusretanje možebitnoj dilatornoj tendenciji formalne obrane, ali nikako nije opravdano ograničenje uskratim zasebnog pravnog lijeka (§ 329 kp.) proti odnosnom rješanju pretsjednika glavnog pretresa. Istina imade neki korektiv u tome, da se dozvoljava opetovanje takva predloga na samom glavnom pretresu, ako ga pretsjednik odbije. Ali i ta reperacija interimnog rješanja pretsjednika može dogodice u praksi, radi konkretne realacije socijalnih moći, da ostane i opet lucus a non lucendo.

Osvrtom na izneseno ne možemo da mimoidjemo, barem najkraćim tangiranjem, pitanje dužnosti branilaca. Svakom na, ime pravu odgovara dužnost. Obe t. j. pravo i dužnost stoje u zamjenito uzrokujućem odnosu, dapače u odnosu zamjenitog kompletiranja i, što je još važnije, determiniranja.

Pritom kod ocjene dužnosti formalne obrane u prvom redu ispada otvoreno pitanje odnosa branioca spram svog klijenta.

Uslijed napada zametnućem krivična postupka ili barem iminentnošću istoga razvija se u klijentu psihološko biološkom dinamikom nagon samoodržanja. Kud će sada branioc? Koja mu je dužnost?

Brougham (Speeches)³²⁾ veli: »Mnoge se mora potsjetiti, da advokat na osnovu svoje svete dužnosti, koju duguje svom klijentu, u izvršavanju svoga zvanja pozna u svijetu samo jedno lice t. j. svoga klijenta, samo njega. Toga klijenta svim shodnim sredstvima spasiti, njega uz svaki riziko — stajalo, što stajalo — pred svima drugima, pa i sobom samim štititi, to je najveća i najnedvojbenija od svih njegovih dužnosti. Pristoji mu, da i preko toga ide, pa makar uzrokovao time drugima nemir, bol, muku i propast.«

Apstrahirajući od brutalnosti ove zasade, ona je u opće nepravna, ona je antisocijalna, i izljev je čistog egocentričnog nazrijevanja na život i svijet. Ova zasada je apologija ekscesa obrane i vodi ravno u »furor defensionis«.

Pravni poredak, u atmosferi kojeg i rad čijeg održanja se odvija svaki krivični postupak, daje svojom harmoničnom koordinacijom svih međusobnih interesa i formu ispravne relacije izmedju branioca i klijenta. Ako se pri tom uvaži još i utvrđena svrha funkcija formalne obrane u društvu u opće, bez obzira na konkretni krivični proces, onda se vidi, da imade Vargha³³⁾ pravo, kad veli: »Doch die Verteidigung hat nebst dem (t. j. pravne zaštite okrivljenika) eine noch weit erhabener Bestimmung; sie hat nicht nur das beschuldigte Individuum, sie hat auch die staatliche Justizpflege zu schützen, damit sie eingesetzt zur Realisierung der Gerechtigkeit und zur Reaktion gegen Ungerechtigkeit, zum Hohne ihres heiligen Berufes nicht selber Ungerechtigkeit übe, verblendet von Irrtum und Leidenschaft, nicht grosse und kleine Justizmorde begehe!«

Ovo je ispravno sa stanovišta socijalnog i pravnog bića, te svrhe formalne obrane u pravnoj državi, a to se stanovište poklapa sa voljom i duhom našeg zakonodavca u § 1. zak. o adv., gdje označuje advokaturu zvanjem javnog poretka sa svrhom, da legitimnim sredstvima pred vlastima i sudovima ishodjuje pravedne i zakonite odluke.

U kompleksu svega iznesenog sadržane su esencijalno sve dužnosti branioca, pa je time dana i forma relacije izmedju branioca i njegovih klijenta. U sferi pako tih dužnosti, tih relacija, počivaju i osnovi funkcionalnih prava formalne obrane, koji osnovi moću zamjenite uzročnosti ta funkcionalna prava augmentiraju.

Branilac neće nikad pogriješiti, nikad ekscedirati, ako si budno drži pred očima, a pazi da i drugi zvani faktori to čine, ona poznata osnovna pravila: suum cuique tribuere, neminem laedere!

³²⁾ Vargha l. c. str. 844.

³³⁾ ibidem str. 281.



446. d.
35223