Dušan Gajić
dipl. pravnik iz Beograda

O USTAVNOSTI ODREDBA ČLANA 17. STAV 3. TAČKA 4) I ČLANA 17a) ZAKONA O ADVOKATURI*

Saveznom ustavnom sudu dat je veći broj inicijativa za pokretanje postupka za ocenjivanje saglasnosti odredaba člana 17. stav 3. tačka 4) i člana 17a) Zakona o advokaturi („Službeni list SRJ” broj 24/98, 26/98, 69/2000. i 11/2002) sa Ustavom SRJ.

Savezni ustavni sud, povodom datih inicijativa za pokretanje postupka za ocenjivanje ustavnosti osporene odredbe člana 17a), odlučio je da pokrene postupak, jer je ocenio da se osnovano postavlja pitanje njene saglasnosti sa Ustavom SRJ i odredio rok Saveznoj skupštini radi davanja odgovora na rešenje o pokretanju postupka.

U toku navedenog postupka Saveznom ustavnom sudu data je inicijativa za pokretanje postupka za ocenjivanje ustavnosti člana 17. stav 3. tačka 4) istog Zakona. Sud je, u smislu člana 14. Poslovnika Saveznog ustavnog suda („Službeni list SRJ” broj 44/93. i 25/95) odlučio da se ova inicijativa spoji prethodno datim inicijativama radi vođenja jedinstvenog postupka i donošenja jedne odluke.

Da bi se što potpunije sagledala osporena odredba člana 17. stav 3. tačka 4) citira se stav 3. navedenog člana u celini:

„Advokat je dužan da odbije pružanje pravne pomoći:

- 1) ako je u istoj pravnoj stvari zastupao protivnu stranku;
- 2) ako je protivnu stranku zastupao advokat koji radi u zajedničkoj kancelariji ili u istom ortačkom advokatskom društvu;
- 3) ako je u pravnoj stvari u kojoj stranka traži pravnu pomoć postupao kao nosilac pravosudne funkcije, odnosno kao sudija, javni tužilac ili zamenik javnog tužioca;

* Рад примљен: 21. I 2003.

4) ako mu u roku od godinu dana od prestanka pravosudne funkcije pravnu pomoć zatraži stranka u čijoj je bilo kojoj drugoj pravnoj stvari postupao kao nosilac pravosudne funkcije;

5) u drugim slučajevima predviđenim zakonom.”

Osporena odredba člana 17a) glasi:

„Advokat ne može vršiti zastupanje i odbranu fizičkih i pravnih lica na području Okružnog suda u čijoj je nadležnosti obavljao pravosudnu funkciju ili funkciju u organu uprave u roku od godinu dana od dana prestanka funkcije.”

Davaoci inicijativa u podnescima, kao i na javnoj raspravi, u suštini su naveli:

a) U pogledu osporene odredbe člana 17. stav 3. tačka 4): da se tom odredbom advokatu — bivšem sudiji — u stvari, zabranjuje vršenje advokatske delatnosti, budući da advokat, koji je pre toga godinama vršio pravosudnu funkciju u vanparničnom postupku u nekom od manjih gradova (naveden je primer Obrenovca), u kome su, po prirodi vanparničnog postupka, učestvovali, gotovo, svi građani na području tog suda, pa, zbog toga, taj advokat ne može da obavlja advokaturu na tom području u vremenu od jedne godine od dana prestanka sudijske funkcije. Ovo čak i u slučaju ako je taj sudija u vanparničnom postupku uzeo izjavu građanina o njegovom pravu da glasa.

b) U pogledu osporene odredbe člana 17a): da se tom odredbom povređuju odredbe Ustava SRJ kojima je zajamčena jednakost građana bez obzira na njihova lična svojstva; jednakost građana pred zakonom; sloboda rada i privređivanja, kao i slobodan izbor zanimanja. Ovo, zbog toga, što se, po njihovom mišljenju, osporenim odredbom građani koji su vršili pravosudnu funkciju ili funkciju u organu uprave dovode u neravnompravan položaj sa ostalim građanima, koji su posle vršenja drugih funkcija, odlučili da obavljaju advokaturu; da se time, na indirektan način, propisuje numerus klausus i unapred onemogućava prelazak lica iz pravosuđa i uprave u advokaturu stavljajući ih u diskriminatorski položaj u odnosu na druge građane; da se Ustavom SRJ zajamčeni slobodni izbor zanimanja, na osnovu osporene odredbe, u znatnoj meri ograničava jer građanin koji je izabrao advokaturu kao svoje zanimanje ne može da vrši sve poslove svoga zanimanja; da je propisana zabrana vršenja određenih advokatskih poslova izrečena zbog straha da sudije neće vršiti funkciju u skladu sa zakonom i nepristrasno u odnosu na svoje bivše kolege, koje zastupaju građane kao advokati, što je stvar rada sudije a ne advokata; da se osporena odredba ne odnosi na javne tužioce čiji bračni drug vrši sudijsku funkciju, kao i da se tom odredbom ponižava i potcenjuje cela pravosudna struka, jer sudije ne mogu obavljati sve poslove advokature, dok advokati mogu vršiti sve poslove nosioca pravosudne funkcije, ako budu izabrani za sudije.

Donosilac osporenog Zakona nije dao odgovor na rešenje o pokretanju postupka, niti je njegov predstavnik prisustvovao javnoj raspravi.

Ustavom SRJ utvrđeno je: da su građani jednaki bez obzira na nacionalnu pripadnost, rasu, pol, jezik, veru, političko ili drugo uverenje, obrazovanje, socijalno poreklo, imovno stanje i drugo lično svojstvo i da su svi pred zakonom jednaki (član 20. stav 1. i 2); da se građaninu jamči sloboda kretanja i nastanjivanja, te da se ta sloboda može ograničiti saveznim zakonom, ako je to neophodno za vođenje krivičnog postupka, sprečavanje širenja zaraznih bolesti ili za odbranu SR Jugoslavije (član 30); da se jamči slobodan izbor zanimanja i zaposlenja (član 54. stav 1); da je svako dužan da časno i odgovorno obavlja javnu funkciju (član 65. stav 2); da se slobode i prava čoveka i građanina ostvaruju, a dužnosti ispunjavaju na osnovu Ustava i da se zakonom može propisati način ostvarivanja pojedinih sloboda i prava čoveka i građanina kad je to Ustavom predviđeno ili kad je to neophodno za njihovo ostvarivanje (član 67. stav 1. i 2); i da građanima i pravnim licima pravnu pomoć pruža advokatura kao samostalna i nezavisna delatnost, u skladu sa zakonom (član 68).

a) Stanje stvari u pogledu ustavnosti osporene odredbe člana 17. stav 3. tačka 4)

Odredbom člana 68. Ustava SRJ utvrđeno je da građanima i pravnim licima pravnu pomoć pruža advokatura kao samostalna i nezavisna delatnost, u skladu sa zakonom.

Osporeni Zakon donet je od strane Savezne skupštine, na osnovu člana 79. Ustava SRJ, po zajedničkom predlogu republika članica.

Dakle, iz navedene odredbe člana 68. Ustava SRJ proizilazi da advokatura (advokati) pruža pravnu pomoć građanima i pravnim licima u skladu sa zakonom tj. na način propisan zakonom. Naime, odredbom člana 67. stav 2. Ustava SRJ utvrđeno je da se zakonom može propisati način ostvarivanja pojedinih sloboda i prava čoveka i građanina kad je to Ustavom SRJ predviđeno ili kad je to neophodno za njihovo ostvarivanje. Drugim rečima, budući da je pravo advokata da pruža pravnu pomoć građanima i pravnim licima utvrđeno Ustavom SRJ, to se način ostvarivanja toga prava, na osnovu člana 67. stav 2. Ustava SRJ, može propisati zakonom.

U konkretnom slučaju postavlja se pitanje da li, osporenim odredbom, propisani način ostvarivanja navedenog prava saglasan sa Ustavom SRJ, odnosno da li se tom odredbom ukida ili ograničava ostvarivanje toga prava ili se samo propisuje način njegovog ostvarivanja kad nastupi pravna situacija utvrđena tom odredbom.

Iz odredaba člana 17. stav 3. osporenog Zakona proizilazi da je njima propisan način postupanja advokata u pružanju pravne pomoći, ako se nade u pravnoj situaciji kada njegovo postupanje može izazvati sumnju u njegovu nepristrasnost, pa i, u slučaju, ako mu u roku od godine dana od prestanka pravosudne funkcije pravnu pomoć zatraži stranka u čijoj je bilo kojoj drugoj pravnoj stvari postupao kao nosilac pravosudne funkcije,

kako je to propisano osporenim odredbom. Naime, odredbama člana 17. stav 3. tačka 1), 2), 3) i 5) osporenog Zakona isključeno je pravo advokata na pružanje pravne pomoći i ako je u istoj pravnoj stvari zastupao protivnu stranu (tačka 1); ako je protivnu stranku zastupao advokat koji u zajedničkoj kancelariji ili u istom ortačkom advokatskom društvu (tačka 2); ako je u pravnoj stvari u kojoj stranka traži pravnu pomoć odstupao kao nosilac pravosudne funkcije, odnosno kao sudija, javni tužilac ili zamenik javnog tužioca (tačka 3); i u drugim slučajevima predviđenim zakonom (tačka 5). Drugim rečima, osporenim odredbom, kao i navedenim odredbama člana 17. stav 3. tačka 1), 2), 3) i 5) osporenog Zakona propisana su pravila u vršenju određenih poslova u slučajevima zbog kojih se može dovesti u pitanje nepristrasnost nosilaca tih poslova u njihovom izvršenju, pa se, po oceni donosioca tih odredaba, Ustavom SRJ, utvrđeno načelo ustavnosti i zakonitosti ne bi moglo realizovati ako bi se vršenje tih poslova poverilo licima u čiju se nezavisnost može posumnjati. Naime, opšta sposobnost određenog lica, pa, prema tome, i advokata, sudije, tužioca i dr. da bude nosilac advokatske, sudijske ili tužilačke funkcije ne zajamčuje i njihovu nepristrasnost u određenom konkretnom slučaju. Vezanost tih lica za određeni predmet i stranku može biti takvog intenziteta da u značajnom stepenu dovodi u sumnju nepristrasnost njihovog rada. S obzirom na vrlo veliki značaj koji te ličnosti imaju u primeni prava kojim su utvrđene slobode i prava čoveka i građanina prevladalo je shvatanje, u savremenim zakonodavstvima, da zakonom ne treba ostaviti ni tračka sumnje u nepristrasnost određenog lica u obavljanju navedenih poslova. U otklanjanju tih sumnji savremenim zakonodavstvima su te granice maksimalno pomerene u pravcu otklanjanja svih elemenata podozrenja u obavljanju navedenih funkcija. S obzirom na intenzitet pojedinih odnosa i svojstava koja vezuju nosioca funkcije u pravosudnom lancu vršenja poslova za određeni spor u teoriji i u zakonodavstvima uobičajena je klasifikacija mogućih uzroka pristrasnosti na apsolutne i relativne uzroke. Apsolutni uzroci su ona svojstva koja su prema opštim merilima takvog značaja da, u pravilu, samim postojanjem opravdavaju sumnju u nepristrasnost, pa, zbog toga, i nema potrebe da se, u konkretnom slučaju, ispituje da li tu pristrasnost zaista dovodi u pitanje. Takva lica se isključuju iz sudskog postupka odlučivanja. U relativnu grupu uzroka spadaju ona svojstva, odnosno okolnosti, koje ne stvaraju samo po sebi nesumnjivu osnovu podozrenja, ali za koje se mora dozvoliti da bi, u konkretnom slučaju, mogle biti u stanju da negativno utiču na nepristrasnost nosioca određene funkcije, pa, ako se i pokaže da je određeno svojstvo zaista takvog intenziteta onda ovo, po zakonu, predstavlja razlog eliminacije određenog lica u vršenju te funkcije u tom slučaju. Apsolutni razlozi za isključenje iz vršenja određenih poslova, u konkretnom slučaju, tiču se takvih svojstava i odnosa pored kojih bi bilo vrlo teško pretpostaviti da bi nosilac određenog posla (advokat, sudija, tužilac i dr.) mogao sačuvati potpunu slobodu opredeljenja, i da bi se mogao odbraniti od negativnih uticaja koji dovode u pitanje njegovu objektivnost. To su uglavnom okolnosti koje ova lica do-

vode u pravnu ili ekonomsku povezanost sa predmetom spora ili sa strankom, pa bi se rezultat postupka mogao neposredno odraziti na ta lica. Sličnog su značaja i okolnosti koje profesionalno angažuju ta lica za određeni izraženi stav po određenom pitanju pri čemu dolaze do izražavanja naročito surevnjivosti, taštine, tvrdoglavosti, povređenog ponosa i sl. Sva ova svojstva mogu dovesti u pitanje mogućnost da navedena lica u sudskom postupku, koja su u jednoj pravnoj stvari ispoljavala svoja stanovišta i aktivnosti u odbrani tog stanovišta, da to stanovište izmene uprkos objektivnim potrebama da tako postupe.

Osporenim odredbom, u konkretnom slučaju, savezni zakonodavac je propisao tzv. apsolutni razlog za isključenje advokata u postupku vršenja određenih poslova pred sudom upravo radi što potpunije realizacije Ustavom SRJ utvrđenog načela ustavnosti i zakonitosti tj. vladavine prava, smatraju da, u navedenom slučaju, postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u nepristrasnost za određeni period vremena, budući da je od njega zatraženo pružanje pravne pomoći od lica u čijoj je pravnoj stvari već postupao kao nosilac pravosudne funkcije. Ovom odredbom se ne ukiđaju, niti ograničavaju, Ustavom SRJ utvrđene slobode i prava, već se samo, na osnovu člana 67. stav 2. Ustava SRJ propisuje način ostvarivanja prava koje se odnosi na pružanje pravne pomoći obezbeđujući, u konkretnom slučaju, kad se advokat nađe u propisanoj pravnoj situaciji, jedan od uslova za nepristrasnost vršenja funkcije advokature.

Na osnovu Ustava SRJ svi su dužni da se staraju o ustavnosti i zakonitosti, pa, prema tome, i zakonodavac. U realizaciji te dužnosti savezni zakonodavac je npr. u članu 40. Zakonika o krivičnom postupku („Službeni list SRJ” br. 70/2001. i 68/2002) propisao razloge za izuzeće sudije ili sudije-porotnika u krivičnom postupku. Odredbe toga člana glase:

„Sudija i sudija-porotnik ne može vršiti sudijske dužnosti:

- 1) ako je oštećen krivičnim delom;
- 2) ako mu je okrivljeni, njegov branilac, tužilac, oštećeni, njihov zakonski zastupnik ili punomoćnik, bračni drug ili srodnik po krvi u prvoj liniji do bilo kog stepena, u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, a po tazbini do drugog stepena;
- 3) ako je u istom krivičnom predmetu vršio istražne radnje, ili je učestvovao u postupku kao tužilac, branilac, zakonski zastupnik ili punomoćnik oštećenog, odnosno tužioca, ili je saslušan kao svedok ili kao veštak;
- 4) ako je u istom predmetu učestvovao u donošenju odluke nižeg suda ili ako je u istom sudu učestvovao u donošenju odluke koja se pobija žalbom;
- 5) ako postoje okolnosti koje izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost.”

Dakle, citiranim odredbama savezni zakonodavac je, u krivičnom postupku, propisao apsolutne i relativne razloge za izuzeće sudije ili sudije-porotnika, a sve u cilju stvaranja uslova za što potpuniju realizaciju

jednog od osnovnih načela Ustava SRJ — ostvarivanje vladavine prava tj. poštovanje ustavnosti i zakonitosti. Slični razlozi za izuzeće su propisani i u drugim zakonima u određenim oblastima društvenih odnosa.

Savezni ustavni sud, polazeći, u suštini, od navedenog, utvrdio je da nema osnova za pokretanje postupka za ocenjivanje ustavnosti navedene osporene odredbe (Odluka IU broj 62/2002. i dr. od 25. 12. 2002. godine).

b) Stanje stvari u pogledu ustavnosti osporene odredbe člana 17a)

Savezni ustavni sud, polazeći od navedenih odredaba Ustava SRJ, utvrdio je da ova odredba nije saglasna sa Ustavom SRJ.

Pre svega, ova odredba nije saglasna sa odredbom člana 20. stav 2. Ustava SRJ, kojom je utvrđeno da su svi pred zakonom jednaki. Ta jednakost podrazumeva da se opštom normom moraju obezbediti jednaki uslovi za vršenje određene delatnosti, kao što je advokatura, koja se obavlja po istim pravilima za sve. Naime, Zakonom o advokaturi su propisani uslovi pod kojima se može vršiti advokatura tj. pružanje pravne pomoći građanima i pravnim licima, pa, prema tome, i uslovi pod kojima je advokat dužan da odbije pružanje pravne pomoći, kao i uslovi pod kojima, nadležni organ određen statutom advokatske komore republike članice, može privremeno zabraniti bavljenje advokaturom. Ti uslovi su jednaki za sve i o njihovim pravima se odlučuje po istim pravilima i pred istim organom. Međutim, osporenim odredbom toga Zakona, pored navedenih uslova, propisani su i posebni uslovi za bavljenje advokaturom, samo za određene advokate, tako što je njima privremeno zabranjeno vršenje određenih advokatskih poslova na određenom području. Drugim rečima, osporenim Zakonom propisani su jednaki uslovi pod kojima svi advokati mogu obavljati advokatsku delatnost od dana upisa u advokatski imenik i polaganja zakletve, bez obzira u kojoj su delatnosti, pre toga, vršili određene poslove i zadatke, a osporenim odredbom propisani su, kako je to već navedeno, i posebni uslovi, ali samo za advokate koji su pre bavljenja advokaturom vršili pravosudnu funkciju ili funkciju u organu uprave. Dakle, jedni advokati, koji su pre advokature vršili određene poslove ili pravnici koji počinju sa advokaturom, mogu obavljati sve poslove advokature, a drugi advokati, koji su pre advokature vršili pravosudnu funkciju ili funkciju u organu uprave, ne. Time su, po mišljenju Saveznog ustavnog suda, advokati dovedeni u nejednak položaj pred zakonom u vršenju istih poslova advokature. Mogući argument, da se „osporenim odredbom obezbeđuje ravnopravnost lica koja obavljaju advokaturu i otklanja mogućnost eventualnog favorizovanja onih advokata koji su pre otpočinjanja bavljenja advokaturom bili profesionalno vezani za određeni sud ili organ uprave”, kako se to navodi u obrazloženju Savezne vlade kao predlagача za donošenje osporene odredbe, ne može biti razlog da se

advokati u vršenju istih poslova dovode u nejednak položaj pred zakonom i time krši ustavno načelo zabrane diskriminacije.

Sem navedenog, iz osporene odredbe Zakona proizilazi da se njome vrši svojevršno kažnjavanje lica koja su, po prestanku obavljanja pravosudne funkcije ili funkcije u organu uprave, odlučili da se bave advokatskim zanimanjem, budući da je, u tom slučaju, tim licima izrečena privremena zabrana obavljanja određenih advokatskih delatnosti na određenom području. Ta svojevrсна sankcija bila bi izrečena navedenim licima na način koji nije u skladu sa odredbama Ustava SRJ kojima su utvrđena pravila za izricanje kaznenih mera.

Dalje, prema shvatanju Saveznog ustavnog suda, osporenom odredbom je, indirektno, povređena i sloboda kretanja i nastanjivanja građana zajamčena članom 30. Ustava SRJ, a koja se, na osnovu toga člana, može ograničiti saveznim zakonom samo ako je to neophodno za vođenje krivičnog postupka, sprečavanje širenja zaraznih bolesti ili za odbranu SR Jugoslavije. Naime, primenom te odredbe advokati na koje se ona odnosi, protiv njihove volje teraju se da odlaze u drugo mesto i da se nastanjuju, jer su primorani da napuste postojeće mesto nastanjivanja, ako žele ili nemaju mogućnosti da na drugi način obezbede sebi i svojoj porodici ekonomsku i socijalnu sigurnost. Time se, u suštini, ograničava Ustavom SRJ utvrđena sloboda građana na kretanje i nastanjivanje iz razloga koji se na osnovu Ustava SRJ ne mogu propisati saveznim zakonom.

(Odluka IU broj 62/2002. od 25. 12. 002. godine)

Umesto zaključka

Da bi se obezbedila realizacija ustavnog načela vladavine prava tj. ustavnosti i zakonitosti nije dovoljno da se odredbom člana 64. Ustava SRJ utvrdi da je svako dužan da se pridržava ustava, zakona i drugih propisa i opštih akata, pa prema tome i zakonodavac. Potrebna je institucija koja je nadležna da vrši kontrolu ustavnosti i zakonitosti i da opšte norme, za koje utvrdi da nisu u skladu sa principom ustavnosti i zakonitosti, stavi van pravnog poretka i da odluke te institucije (ustavnog suda) budu pravni osnov za otklanjanje posledica neustavnosti i nezakonitosti, koje su nastale primenom opštih normi koje su stavljene odlukom Suda van snage. Sem toga, realizacija načela ustavnosti i zakonitosti zahteva i realizaciju načela utvrđenog odredbom člana 65. stav 2. Ustava SRJ, tj. da je svako dužan da časno i odgovorno obavlja javnu funkciju.