Dr Slobodan Beljanski

advokat u Novom Sadu

glavni i odgovorni urednik *Glasnika* od 1994. do 2004. g.

USTAVNE NORME O PRAVNOJ POMOĆI I ODBRANI OKRIVLJENOG U KRIVIČNOM POSTUPKU

SAŽETAK: U članku se, u skladu sa odredbom člana 67. Ustava Srbije, razmatraju neki teorijski i praktični aspekti prava na pravnu pomoć. U svetlu međunarodnih pravnih akata ocenjuje se uloga advokature. Autor analizira odredbe novog Ustava koje govore o pravu odbrane okrivljenog u krivičnom postupku i ukazuje na neophodne izmene i dopune Zakonika o krivičnom postupku, kada je reč: o odbrani siromašnih, delotvornosti odbrane, pravima lica lišenog slobode i pritvorenog lica, pravilu *non bis in idem*, unakrsnom ispitivanju i pravima okrivljenog u postupku za organizovani kriminal. Najzad, u članku se govori i o domašaju ustavne žalbe i kontradiktornim pravnim rešenjima. Autor zaključuje da će novi Ustav, uprkos nedorečenosti, nerazgovetnosti ili protivrečnosti nekih normi, dovesti do proširenja određenih prava odbrane.

Ključne reči: Ustav, krivični postupak, pravo na pravnu pomoć, pravo odbrane

1. Pravo na pravnu pomoć

Novi Ustav Srbije, u skupu normi posvećenih ljudskim pravima i slobodama, jemči i pravo na pravnu pomoć (član 67). Ranija ustavno-pravna rešenja o pravnoj pomoći pre su predstavljala osnov za imenovanje i opisivanje osnovnih osobina subjekta koji ovu uslugu pruža, nego što su ustanovljavala pravo subjekta koji je koristi.¹

¹ U članu 67. Ustava SFRJ iz 1963. godine propisuje se obaveza društva da stvori uslove za pružanje pravne pomoći putem advokature kao samostalne društvene službe i službi pravne pomoći, a u članu 180. Ustava SFRJ iz 1974. godine kaže se samo to da pravnu

Iako spada u najstarije ljudske potrebe, pravo na pravnu pomoć u državama modernog doba jedno je od najkasnije zagarantovanih prava. Ujedno, ono je jedno od retkih prava čija preskripcija nije do kraja izvedena ni u osnovnim međunarodnim pravnim aktima. I u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima,² i u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,³ pravo na pravnu pomoć ne pominje se kao posebno i sveobuhvatno pravo, već isključivo u sklopu prava na pravično suđenje, a unutar ovoga, još uže, u okviru prava na odbranu u krivičnom postupku (član 14. stav 3d Međunarodnog pakta i član 6. stav 2 tačka c Evropske konvencije).

Uzroke bi trebalo tražiti u pravnoj i političkoj antropologiji.

S jedne strane, radi se o nekoj vrsti normativne „lenjosti“, o kakvoj je Hajek pisao koristeći se metaforom o utiranju puta kroz polje, ili opisujući spontane društvene poretke, u kojima samoregulacija preovlađuje nad kreiranim strukturama.⁴

Važno je, stoga, podsetiti da su u vreme stvaranja profesionalne advokature u Rimu, usluge advokata na Forumu bile besplatne. To je postalo jedno od načela profesije, čak i kada je obim angažovanja advokata opravdavao i u praksu počeo da uvodi plaćanje honorara. Ali, kada je lojalnost klijentu bila dovedena u pitanje i kada se, kako je zapisao Tacit, nikakva roba na pijaci nije kupovala tako lako kao verolomnost advokata, senatori su zatražili da se osnaži *Lex Cincia de donis et muneribus*, Zakon o poklonima i dužnostima kojim je narodni tribun Marko Cincije 204. godine p.n.e. govornicima pred sudom i advokatima zabranio primanje honorara i ograničio primanje poklona. Avgust je putem *senatus-consultuma* to i učinio. Kasnije, u sporu između pobornika ideje da je advokaturu potrebno spasti od srozavanja na nivo prljave rabote i pragmatizma onih koji su ukazivali da ukidanje nagrade preti i ukidanjem profesije i da besedništvo zahteva žrtve, ne samo zbog suprotstavljanja moćnicima, nego i zbog zanemarivanja vlastitih poslova, Cezar je našao srednje rešenje, pa je odredio da je 10.000 sestercija maksimalna nagrada i da će svaki prekršaj pasti pod udar zakona o iznuđivanju.⁵ Iako je sa počecima racionalnog postupka pred engleskim svetovnim kraljevskim sudovima pružanje pravnih usluga bilo osnovni izvor prihoda klericima, nešto kasnije, tokom 15. i 16. veka, kada su advokati počeli da se udružuju u oblike *bar* ili *bench* i ispoljavaju težnju ka monopolisanju profesije i zatvaranju u

pomoć pruža advokatura kao samostalna društvena služba i da postoje i drugi vidovi pravne pomoći.

² Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (dalje: Međunarodni pakt), potpisan u Njujorku 19. decembra 1966. godine, ratifikovala je SFRJ 1971. godine („Sl. list SFRJ“ br. 7/1971. od 4. februara 1971. godine).

³ Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Evropska konvencija), donetu u Rimu 4. novembra 1950. godine, ratifikovala je državna zajednica CSG 2003. godine („Sl. list SCG — Međunarodni ugovori“ br. 9, od 26. decembra 2003. godine).

⁴ Na primer u *The Counter Revolution of Science*, Glenkou, 1952, IV. Isti autor u *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd — Podgorica, 2002, str. 44, ff.

⁵ Tacit, *Anali*, XI, 5.

stalež jurista, ponovo su se javili zahtevi pripisivani etikeciji — da se na- plaćuje minimalni honorar, da je njegovo plaćanje dobrovoljno i da ne može nikada biti predmet tužbe.⁶

Očigledno je na ovom polju veoma dugo preovlađivao pristup u ko- me se, uz oslanjanje na empirijski pozitivizam i induktivnu logiku, zapo- stavljala potreba za normiranjem. Artur Kaufman je smatrao da klasično prirodno pravo i normativistički pravni pozitivizam imaju dodirnu tačku u tome što posmatraju ostvarivanje prava kao neistorijski proces, kao „pro- ces” u kome se ništa ne događa. Nalazeći u takvom „susretu” značajnu ulogu iskustva, ocenio je da, iako pravni metod ne može sasvim bez „idukcijskog momenta”, normativna odluka može biti isključivo bazirana na indukciji.⁷ Unutar logičke teorije o normi, u jednom delu, radi se o po- javi entimema, ili skraćenog silogizma, u kome preovlađuje retorički fe- nomen prećutkivanja onoga što se podrazumeva kao opštepoznato ili op- šteprihvaćeno.⁸ Drugim rečima, ako se vratimo našem predmetu, u prav- no-antropološkom pogledu dugo se polazilo od stava da se, u svakom re- levantnom predmetu, pružanje pravne pomoći može sporazumno obezbe- diti, bilo tako što će se naći mogućnost da se pomoć plati, bilo tako što će prevagnuti interes da se ona, trajno ili na odloženo vreme, pruži bes- platno. Naravno, prisutan je istorijski aspekt problema, u okviru koga se dostupnost pravne pomoći uzimala kao sastavni deo socijalno opravdanih privilegija.

Potporu takvoj inertnosti, na neki način, dao je i akt koji je među pr- vima ovo pravo normirao. Šesti amandman na Ustav SAD (*Bill of Rights*, 1791), kojim je samo za okrivljenog u krivičnom postupku proklamovano pravo na pomoć savetom (*assistance of counsel*), dugo se smatrao dovolj- nom garancijom za sve one kojima je pravna pomoć odista neophodna.

S druge strane, ne sme se zanemariti udeo političkih interesa, koji svoju moć često rasprostiru kroz praznu promociju pravnih aranžmana, a ne i kroz pristajanje na njihovu pristupačnost. Taj interes star je koliko i umeće upravljanja. Još je Platon smatrao da sofistika jednako naružuje zakonodavstvo, koliko i retorika pravosuđe, pa je, pod okriljem suprotsta- vljanja veštini koja dovodi u pitanje ispravnost zakona, ocenio da takva sposobnost uopšte nije potrebna u dobro uređenoj državi i da svako ko pokušava da u dušama sudija pomuti osećaj za pravdu, ako je stranac za- služuje proterivanje, a ako je domaćeg roda — smrt!⁹ Uostalom, i Spino- za je pisao da se zakoni ne brane samo razumom, nego i raspoloženjem, tj. opštim ljudskim strastima.¹⁰

⁶ Veber, M., *Privreda i društvo*, Beograd, 1976, I, str. 635—6 (prev. O. i T. Kostre- šević).

⁷ Kaufman, A., *Pravo i razumevanje prava — Osnovni problemi hermeneutičke filo- zofije prava*, Beograd, 1998, str. 82 ff (prev. D. N. Basta).

⁸ Hasanbegović, J., *Zablude o pravnoj normi — Logička struktura pravne norme*, Beograd, 2002, str. 220 ff.

⁹ Platon, *Gorgija*, 465b-c; *Zakoni*, 938a-c.

¹⁰ Spinoza, *Politički traktat*, X, 9, Beograd, 1957, str. 96—97 (prev. B. Gavela).

U svakom slučaju, dinamika normiranja u drugoj polovini 20. i na samom početku 21. veka dovela je do toga da razgranatost i kompleksnost propisa daleko nadmaše mogućnosti njihovog laičkog praćenja, razumevanja i korišćenja.

Više puta je u stručnoj literaturi ukazivano na teškoće sa kojima se ljudi sreću u pokušaju da procene prava koja im pripadaju i da saznaju na koji način ih mogu ostvariti. To dovodi do pojave, kako je govorio Fridrih, „tihog lišavanja kroz ignorisanje i izobličavanje”, do sve opasnijeg sužavanja raspoloživih sredstava za korektivnu pravnu pomoć protiv onih koji poseduju vlast i društvenu moć.¹¹ Ne radi se, dakle, o potrazi za većinom kakvu je Platon nazvao „majstorijom” pogodnom da donese pobeđu u parnici ili u odbrani optuženog, bez obzira na to da li su pravedna ili nepravedna dela zbog kojih se postupak vodi. Radi se o čistom posredovanju u tumačenju i primeni prava, nezavisnom od bilo kakvog drugog motiva osim interesa da se svakome učini dostupnim poznavanje na zakonu zasnovanih sloboda i prava, i ostvarenje interesa proisteklih iz tih sloboda i prava.

Važnost prava na pravnu pomoć još više dolazi do izražaja kada u ispitivani domen uključimo, osim legaliteta, i legitimitet, tj. kada uz poznavanje prava uključimo i mogućnost prepoznavanja tzv. zakonskog neprava ili nepravednog prava, pogotovo ako to činimo uz primenu Radbruhove formule koja se bazira na podeli nepravednog prava na „podnošljivo” i „nepodnošljivo”,¹² i ako uz sve to imamo u vidu ne samo instrumente unutrašnje ustavnosudske kontrole, već i instrumente naddržavne pravne kontrole, za koju su nadležni međunarodni sudovi, ili drugi međunarodni organi.

Pravo na pravnu pomoć može se posredno izvesti iz osnovnih principa Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima: iz slobode od straha i prava na jednakost pred zakonom, iz socijalnih i kulturnih prava i prava na zaštitu moralnih i materijalnih interesa, neophodnih za ostvarenje aktivne uloge države u zaštiti ljudskog dostojanstva i razvoja ljudske ličnosti.¹³ Ono je, nesumnjivo, jedno od osnovnih ljudskih prava. Štaviše, radi se o pravu koje je istovremeno pretpostavka za realizaciju svih ostalih sloboda i prava.

Pitanje je, međutim, šta odredba člana 67. našeg Ustava znači bez pratećih normi, kojima bi bila razrađena obaveza države da obezbedi ostvarivanje ovog prava i određena nadležnost i svojstva subjekata ovlašćenih i zaduženih da to pravo servisiraju u praksi.

¹¹ Fridrih, K. J., *Konstitucionalizam (ograničavanje i kontrola vlasti)*, Podgorica, 1996, str. 116—117 (prev. N. B. Vučinić).

¹² Radbruch, G., *Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo*, u delu *Filozofija prava*, Beograd, 1980 (prev. D. Guteša). Takođe, Molnar, A., *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi*, Beograd, 2002, IV, str. 162 ff.

¹³ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, preambula i članovi 7, 22. i 27. stav 2.

2. Advokatura i obezbeđenje prava na pravnu pomoć

U članu 67. stav 2. i 3. Ustava određeno je da pravnu pomoć pružaju advokatura, kao samostalna i nezavisna služba, i službe pravne pomoći u jedinicama lokalne samouprave, a da se zakonom uređuje kada je pravna pomoć besplatna. U članu 29. stav 1. i članu 33. stav 3. govori se i o pravu na „besplatno” pružanje pravne pomoći, odn. na „besplatnog branioca”.¹⁴

Ako je osnovni zadatak u realizaciji prava na pravnu pomoć to da se obezbede stručnost, autonomija i odgovornost lica koja imaju pravo da pravnu pomoć pružaju, teško je osporiti da je advokatura jedina profesija koja ispunjava sve tražene pretpostavke. Pri tom, od posebne važnosti su dva međunarodna pravna akta koja državama daju pravni okvir za regulisanje položaja i uloge advokature. Jedan su Osnovni principi UN o ulozi advokata,¹⁵ a drugi je Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope pod nazivom „Sloboda obavljanja advokatske profesije”.¹⁶

U Osnovnim principima UN zahteva se od vlada da obezbede odgovarajuće postupke i mehanizme za efektivnu i jednaku dostupnost advokata svim licima, da obezbede odgovarajuća sredstva da se u saradnji sa advokatskim komorama pravne usluge pruže siromašnima i onima koji su u nepovoljnom položaju, da u saradnji sa advokatskim komorama unapređuju programe obaveštavanja javnosti o zakonskim pravima i dužnostima i o važnoj ulozi koju advokati imaju u zaštiti osnovnih sloboda, i da u saradnji sa obrazovnim institucijama obezbede za advokate prikladno školovanje i upoznavanje ideala i etičkih vrednosti profesije. Ujedno, advokati imaju priznato pravo na samoupravu njihovih udruženja, a nametnuta im je i dužnost da se staraju o vlastitoj odgovornosti i da sprovode disciplinske postupke.

U Preporuci Komiteta ministara istaknuto je da advokatske komore treba da budu samoupravne organizacije, nezavisne od vlasti i države (načelo V tač. 2).

Kroz praksu Evropskog suda izgrađen je stav da nije dovoljno samo to da se, kada je reč o krivičnim postupcima, odbrana pruža od strane osobe koja je advokat, već je potrebno i da pravna pomoć advokata bude delotvorna. Najpre u slučaju *Artico* iz 1980. godine, potom u slučaju *Kamasinski* iz 1989. godine, formiran je stav da se imenovanjem advokata ne rešava pitanje poštovanja zahteva iz člana 6. stav 3c Evropske konvencije, jer cilj ove odredbe nije teorijske, već praktičke i efektivne prirode. Zahtevom da to bude advokat, kaže Sud, obezbeđuje se da profesija neza-

¹⁴ Izraz „besplatan” stavili smo pod navodnike, ne samo stoga što je naveden i u Ustavu, nego i stoga što je neodgovarajući, budući da ni pomoć ni branilac nisu „besplatni” u smislu da su njihovi akteri dužni da besplatno rade, već su besplatni za stranku, umesto koje naknadu pružaocu usluga plaća država.

¹⁵ Usvojeni na VIII Kongresu Ujedinjenih nacija o prevenciji kriminala i postupanju prema učiniocima krivičnih dela (Havana, 27. avgust — 7. septembar 1990).

¹⁶ Preporuka (2000)21 od 25. oktobra 2000. godine.

visna od države pruža formalnu odbranu koja će u odnosu između optuženog i advokata biti koncipirana bez uplitanja vlasti. Uloga države svodi se na obezbeđenje takve odbrane i na intervenciju ukoliko je očigledno da advokat ne obavlja svoju dužnost savesno, stručno i kontinuirano.

Kada ovome dodamo javnopravna ovlašćenja advokatske komore, možemo zaključiti da osim advokature, u javnom domenu nema druge kvalifikovane pravničke profesije kojoj je zadatak da pruža pravnu pomoć, bez koje pravosuđe ne može da funkcioniše, koja ima immanentnu autonomiju i čija stroga pravila ponašanja podrazumevaju i stroge kriterijume odgovornosti. Govorimo o načelnom ili normativnom aspektu, a ne o fenomenologiji poziva. Činjenica da u advokaturi ima ekscesa koji je u mnogome kompromituju, ne sme dovesti u pitanje njen opstanak i status. Jer, kada bi država pravo na pravnu pomoć obazbeđivala posredstvom aktera koji su joj podređeni, bilo u strukturi vlasti, bilo egzistencijalno, ne bismo se mogli osloboditi sumnje da je ta pomoć dirigovana, nepotpuna i usmerena na povlađivanje autoritetima.

Zbog toga nije čudno što je u novom Ustavu Srbije, norma o garantovanju prava na pravnu pomoć, i o advokaturi čijim se posredstvom ta pomoć pruža, jedna od retkih koju je pohvalila Venecijanska komisija.¹⁷

3. Ustav i pravo odbrane u krivičnom postupku

Od značaja za odbranu okrivljenog u krivičnom postupku, u okviru načela i dela Ustava posvećenog ljudskim pravima i slobodama, u prvom redu su mehanizmi za zaštitu tih prava, kako u unutrašnjem, tako i u međunarodnom pravu, a potom i garancije posebnih prava lica lišenog slobode, pritvorenog lica i okrivljenog, i garancije pravne sigurnosti u kaznenom pravu.

1. Iz obaveze države da obezbedi pravo na pravnu pomoć i da zakonom uredi kada je ta pomoć besplatna, sledi i obaveza da se preispitaju postojeća zakonska rešenja i razmotri opravdanost proširenja prava na odbranu po službenoj dužnosti.

Mada je kao osnov za odbranu po službenoj dužnosti zadržao istu kaznenu meru kakvu je imao i Zakon o krivičnom postupku iz 1976. godine, Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine (dalje: ZKP) ipak je značajno proširio pravo odbrane siromašnih. S jedne strane, odbrana siromašnih više nije propisana samo kao mogućnost, nego je obavezna kada je okrivljeni zahteva, a postupak se vodi za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora preko tri godine. S druge strane, odbrana se može obezbediti i kada se postupak vodi za krivično delo za koje je zaprećena blaža kazna, „ako to zahtevaju interesi pravičnosti”. Najzad, branilac može biti postavljen u bilo kojoj fazi krivičnog postupka. Unošenje u ZKP

¹⁷ U Mišljenju Venecijanske komisije o novom Ustavu Republike Srbije (br. 405-2006. od 19. marta 2007. godine), pod tač. 40. ističe se da odredba člana 67. Ustava „ide dalje od Evropske konvencije o ljudskim pravima, što je veoma pozitivno”.

pojma pravičnosti, u skladu je sa međunarodnim pravnim standardima koji govore o interesima pravde i ostavljaju prostor za diskrecione ocene, povezane sa nizom kompleksnih i međusobno povezanih okolnosti.

Dalje proširenje prava i mogućnosti za odbranu siromašnih moralo bi se rukovoditi stavom Evropskog suda da i zaprećena kazna zatvora od šest meseci predstavlja minimum dovoljan za pozivanje na interese pravde, ali i činjenicom da bi snižavanjem kaznene granice ispod tri godine, imajući u vidu materijalno krivično zakonodavstvo, bio obuhvaćen niz krivičnih dela za koja se gonjenje preduzima privatnom tužbom. Preporučljivo je, međutim, dodeljivanje branioca uvek kada okolnosti slučaja daju osnov za razumnu pretpostavku, bez obzira koliko u njoj može biti i neželjenih prejudicijelnih projekcija, da je verovatno izricanje kazne za koju bi, po međunarodnim standardima, formalna odbrana bila u interesu pravde. Zbog toga je najmanje što se može učiniti to da se u članu 71. stav 1. ZKP mera kazne „preko deset godina” zameni merom formulisanom rečima „od deset godina ili teža kazna”, a u članu 72. stav 1. ZKP mera kazne zatvora „preko tri godine” zameni merom formulisanom rečima „od tri godine ili teža kazna”.

2. U skladu sa praksom Evropskog suda, trebalo bi pooštriti merila za obezbeđenje kvaliteta odbrane. Budući da je sastavljanje spiska advokata sa koga se određuju branioci po službenoj dužnosti s pravom povereno advokatskoj komori, u članu 71. ZKP trebalo bi dodati nov stav u kome bi advokatskoj komori bila nametnuta obaveza da pri sastavljanju spiska vodi računa o iskustvu i opredeljenosti advokata za rad u oblasti krivičnog prava i o potrebi da odbrana bude delotvorna.

3. Istovremeno, ne sme se izgubiti iz vida da delotvornost odbrane ne zavisi samo od stručne osposobljenosti branioca, već i od mogućnosti da se on upozna sa dokazima i da na prikladan način koristi sadržaj spisa. Otuda bi njegovo pravo iz člana 74. stav 1. ZKP da razmatra spise i razgleda prikupljene predmete koji služe kao dokaz trebalo proširiti i na pravo da spise prepisuje i kopira, a predmete snima. Takode, njegovo pravo iz člana 74. stav. 2. ZKP da pre prvog saslušanja osumnjičenog pročita krivičnu prijavu i zahtev za sprovođenje istrage, moralo bi biti prošireno i na pravo da se upozna sa dokazima koji terete okrivljenog i da pročita zapisnik o uviđaju i eventualno pribavljene nalaze i mišljenja veštaka. S obzirom da branilac ima pravo da, u skladu sa članom 251. stav 2. ZKP, prisustvuje uviđaju i saslušanju veštaka, logično je da, nezavisno od momenta saslušanja osumnjičenog, ima pravo da pročita zapisnik o uviđaju i pisane izveštaje veštaka, ukoliko su ovi sačinjeni pre otvaranja istrage. To pravo proizlazi i iz člana 33. stav 1. Ustava, u vezi sa članom 76. stav 1. ZKP, u kome je okrivljenom, a time i braniocu ovlašćenom da u korist okrivljenog preduzima sve radnje koje može preduzeti okrivljeni, dato pravo da u najkraćem roku bude obavešten o prirodi dela i o dokazima prikupljenim protiv njega. Kako to pravo prevashodno ima okrivljeni, logično je da se i u članu 170. stav 5. ZKP pravo okrivljenog da razmatra

spise i razgleda predmete, takođe proširi na način predložen za dopunu člana 74. stav 2. ZKP.

4. U odredbama članova 27—29. Ustava propisana su prava lica lišenog slobode. Ta prava, uglavnom su već normirana u ZKP (članovi 5, 227. i 229). Novost predstavlja obaveza da lice koje je lišeno slobode bez odluke suda bude predato nadležnom sudu najkasnije u roku od 48 sati, ili će, ako se to ne dogodi, biti pušteno na slobodu. Takva formalizacija obaveze može dovesti do niza problema u praksi, skopčanih pre svega sa teškoćama tehničke, geografske, meteorološke ili kakve druge prirode. Sada se u ZKP, umesto numeričkog određivanja roka, upotrebljavaju dva izraza sa istim značenjem: „odmah” (član 5. stav 2) i „bez odlaganja” (član 227. stav 1). Takvo označavanje primenjeno je i u članu 9. stav 3. Međunarodnog pakta i u članu 5. stav 3. Evropske konvencije (*promptly*). Očigledno je da ZKP mora biti usklađen sa Ustavom i po cenu da iz toga proisteknu problemi slični onima nastalim, kasnije napuštenim, propisivanjem rokova za trajanje pritvora nakon podizanja optužnice.

5. U pogledu pritvora, Ustav donosi važnu novinu. U odredbi člana 30. stav 2. Ustava propisano je da, ukoliko prilikom donošenja odluke o pritvoru pritvoreno lice nije saslušano, ili ako odluka o pritvoru nije izvršena neposredno po donošenju, postoji obaveza da lice kome je određen pritvor bude u roku od 48 sati od lišenja slobode izvedeno pred sud koji će potom o pritvoru ponovo odlučiti. Zadatak da se ova složena i nedovoljno jasna norma tačno protumači ni najmanje nije jednostavan. Treba li propisanu obavezu shvatiti tako da je u svakom slučaju, i prilikom određivanja i prilikom produžavanja pritvora, neophodno održavanje ročišta o pritvoru, na kome će okrivljeni biti saslušan o okolnostima od kojih odluka o pritvoru zavisi? Ili je moguće uže tumačenje, koje obavezu saslušanja i ponovnog odlučivanja svodi samo na inicijalni akt?

Gramatičko i ciljno tumačenje upućuju na zaključak da je prihvatljiviji potvrđan odgovor na drugo pitanje. U Ustavu su propisani rok i obaveze da se lice protiv koga je određen pritvor izvede pred nadležni sud i da se ponovno odluči o pritvoru, samo u dve situacije: 1) pod uslovom da pritvoreno lice nije saslušano prilikom donošenja odluke o pritvoru; 2) pod uslovom da odluka o pritvoru nije izvršena neposredno po donošenju. Praktično, prva i druga situacija se nadovezuju. Ako je pritvor određen bez saslušanja pritvorenog lica, to može biti samo kada se takvo lice nalazi u bekstvu ili je inače nedostupno, ili kada mu se sudi o odsustvu. Obe pretpostavke, dakle, i izostanak saslušanja, i izostanak izvršenja odluke o pritvoru neposredno po njenom donošenju, po pravilu se podudaraju, pa se rastavni veznik „ili” čini gotovo nepotrebnim. Ali, ako se smisao pojma „saslušanje” ne koristi u uobičajenom značenju i ne odnosi na saslušanje povodom krivične prijave, zahteva za sprovođenje istrage, ili optužnog akta, nego ima uže značenje i posebnu svrhu da okrivljeni bude saslušan baš o okolnostima od kojih zavisi odluka o pritvoru (na takav zaključak upućuje i normiranje u Ustavu pod rubrikom „pritvor”), tada se češće mogu pojaviti situacije da, iz različitih razloga — usled propusta

sudije da pomene postojanje predloga da se odredi pritvor, ili da pomene sopstvenu nameru da odredi pritvor, pa sve do propusta da, iako je ovo i pomenuo nije o tome saslušao okrivljenog — okrivljeni koji jeste saslušan o okolnostima krivičnog dela, nije saslušan i o svim okolnostima značajnim za odluku o pritvoru. Ipak, iz činjenice da se u obe situacije obaveza mora izvršiti u roku od 48 sati od lišenja slobode, proizlazi da se radi o jednokratnoj, a ne trajnoj obavezi.

Neosporna je potreba da se svakoj odluci o pritvoru pristupi sa krajnjom odgovornošću i uz pažljivo razmatranje stavova obe stranke. Da bi se ostvario ovaj cilj, međutim, dovoljno je utvrditi obavezu suda da prilikom određivanja pritvora postupi u skladu sa članom 30. stav 2. Ustava i sasluša okrivljenog o okolnostima koje se odnose na pritvor, a da prilikom produžavanja pritvora samo zatraži izjašnjenje od obe stranke. Zbog toga bi trebalo izjednačiti stranke uvek kada se odlučuje o pritvoru, pa propisati obavezu suda da tamo gde se nalaže pribavljanje mišljenja tužioca (npr. član 358. stav 4. ZKP), pribavi i mišljenje okrivljenog. Osim toga, potrebno je izraz „pribaviće se”, iza koga u članu 358. stav 4. ne sledi da izostanak „pribavljanja” ima za posledicu i izostanak mere, zameniti izrazom „zatražiće se”, koji na jasan način određuje i obavezu suda i pravo stranaka.

6. U odredbi člana 34. stav 5. Ustava, dozvoljen je izuzetak od materijalnog sadržaja pravila *ne bis in idem*, ustanovljenog u prethodnom stavu. Tačnije, propisano je da je ponavljanje krivičnog postupka izuzetno dozvoljeno u skladu sa kaznenim propisima, ako se otkriju dokazi o novim činjenicama koje su, da su bile poznate u vreme suđenja, mogle bitno da utiču na njegov ishod, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod.

Budući da se izuzetak u najširem smislu odnosi na ishod postupka, otvara se pitanje dopuštenosti ponavljanja krivičnog postupka na štetu osuđenog ili oslobođenog lica. Isto tako, unošenje nedorečenog razloga, koji govori o „bitnoj povredi”, bez označenog predmeta povrede, uvelo bi nov osnov za ponavljanje krivičnog postupka i dovelo do konkurencije ovog vanrednog pravnog leka sa druga dva vanredna pravna leka — zaštite zakonitosti i ispitivanja zakonitosti pravnosnažne presude — u kojima takav osnov sada egzistira.

Tumačenje po kome bi ponavljanje postupka moglo biti i na štetu oslobođenog ili osuđenog lica bilo bi suprotno odredbi člana 6. ZKP, u kojoj nije propisan takav izuzetak, a pogotovo odredbi člana 407. stav 1. ZKP, u kojoj je takav izuzetak izričito isključen. Imajući u vidu hijerarhiju pravnih akata, u krajnjoj liniji moglo bi se postaviti pitanje ustavnosti navedenih odredbi ZKP. U samom Ustavu je, međutim, propisan ograničavajući faktor za primenu izuzetka, jer je ustanovljena zaštita dostignutog nivoa ljudskih prava (član 20. stav 2. Ustava). Proizlazi da Ustav istovremeno i dopušta i ne dopušta ponavljanje krivičnog postupka na štetu oslobođenog ili osuđenog lica. U Ustav je, zapravo, nekritički preneti odredba člana 4. stav 2. Protokola broj 7. uz Evropsku konvenciju, koja je i

sama, bez tumačenja razvijenih kroz praksu Evropskog suda, jednako neodređena i ekstenzivna.

7. Ustavom proklamovano pravo okrivljenog da sam ili preko branioca ispituje svedoke optužbe i da zahteva da se pod istim uslovima kao svedoci optužbe, i u njegovom prisustvu, ispituju svedoci odbrane (član 33. stav 5), osnažuje načelo neposrednosti i uvodi unakrsno ispitivanje. To iziskuje izmene i u načinu saslušanja okrivljenog na glavnom pretresu (član 326), i u opštoj odredbi o izvođenju dokaza (član 326), a pogotovo u odredbi o saslušanju svedoka. Zato bi u članu 326. stav 3, trebalo dodati rečenicu koja glasi: „*Po pravilu, prvo će se izvesti dokazi koje predlaže tužilac, potom dokazi koje predlaže odbrana, a na kraju dokazi čije je izvođenje veće odredilo po službenoj dužnosti. Ako su obe stranke predložile isti dokaz, smatraće se da se radi o predlogu stranke koja ga je prva postavila.*”

Izmenjeni član 331. mogao bi da glasi:

„(1) Svedoku i veštaku neposredno postavljaju pitanja stranke, predsednik veća i članovi veća. Ako se stranke ne saglase o drugačijem redosledu, najpre postavlja pitanja stranka koja je predložila svedoka ili veštaka, potom suprotna stranka, posle nje predsednik i članovi veća, a zatim oštećeni ili njegov zakonski zastupnik i punomoćnik, saoptuženi i njegov branilac, i veštaci. Ako je sud odredio izvođenje dokaza bez predloga stranaka, pitanja prvi postavljaju predsednik i članovi veća, potom tužilac, optuženi i njegov branilac, oštećeni ili njegov zakonski zastupnik i punomoćnik, i veštaci.

(2) Oštećeni, ili njegov zakonski zastupnik i punomoćnik, i veštaci, mogu neposredno postavljati pitanja uz odobrenje predsednika veća.

(3) Predsednik veća će zabraniti pitanje ili odgovor na već postavljeno pitanje ako je ono nedozvoljeno (član 90) ili se ne odnosi na predmet. Smatraće se da se na predmet odnosi pitanje kojim se proverava verodostojnost iskaza svedoka, ili stručnost nalaza i mišljenja veštaka. Stranke mogu zahtevati da o zabrani odluči veće.

(4) Predsednik veća može uvek postaviti pitanje koje doprinosi potpunijem ili jasnijem odgovoru na pitanje postavljeno od strane drugih učesnika postupka.”

8. Jedina odredba u kojoj Ustav izlazi u susret sadašnjim rešenjima predviđenim za postupke u vezi sa organizovanim kriminalom, nalazi se u članu 142. stav 5, koji predviđa mogućnost da se zakonom propiše da u određenim sudovima i u određenim stvarima sude samo sudije. U svemu ostalom posebna prava okrivljenog pod okriljem su opštih normi koje propisuju da svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije (član 21. stav 2) i da ljudska prava mogu biti zakonom ograničena samo ako to dopušta Ustav i u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu, bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava (član 20). To bi moralo dovesti do prilagođavanja niza restriktivnih rešenja iz glave XXIXa ZKP i Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, posebno

onih ograničenja koja se odnose na pristup spisima, na predlaganje dokaza, na korišćenje kao dokaza iskaza i obaveštenja koje je javni tužilac prikupio u prekrivičnom postupku, na otvoreni pristup javnog tužioca podacima bankarskih ili drugih finansijskih organizacija i na nadzor i snimanje telefonskih i drugih komunikacija.

4. Domašaj ustavne žalbe

U članu 170. Ustava predviđeno je pravo na ustavnu žalbu protiv pojedinačnog akta ili radnje državnog organa kome su poverena javna ovlašćenja. Izolovano posmatrano, to bi značilo da predmet ustavne žalbe mogu biti i sudske odluke, kako one o glavnoj stvari, tako i one užeg procesnog karaktera.

Takav zaključak, međutim, kosio bi se sa odredbama članova 143. i 145. Ustava, u kojima se određuje da sudska vlast pripada samo sudovima opšte i posebne nadležnosti, isključuje vanskudska kontrola sudskih odluka i propisuje da sudske odluke može preispitati samo nadležni sud. U članu 82. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu (dalje: ZUS), međutim, proširen je formalni sadržaj razloga za podnošenje ustavne žalbe, tako što je, uz razlog naveden u članu 170. Ustava, a to je da su iscrpljena ili da nisu predviđena druga pravna sredstva za zaštitu, dodat i novi razlog — da je zakonom isključeno pravo na sudska zaštitu. Ovo proširenje, osim što je suprotno odredbi člana 22. stav 1. Ustava, u kojoj se svakome garantuje pravo na sudska zaštitu, zapravo sužava predmet ustavne žalbe, tako što iz korpusa pojedinačnih akata ili radnji izuzima sudske odluke ili postupke, protiv kojih sudska zaštita *ipso iure* postoji.

Ipak, zabunu stvara to što se u stavu 2. člana 82. ZUS, u kome se „radnja” suda (povreda prava na suđenje u razumnom roku) uvodi kao osnov za ustavnu žalbu, ne propisuje izuzetak od pravila da se ustavna žalba ne može podneti protiv pojedinačnog akta ili radnje suda, već samo izuzetak od uslova da nisu iscrpljena pravna sredstva. Loše normiranje se, očigledno, iz Ustava prenelo i na organski zakon. Ukoliko je ideja kreatora Ustava bila da se stvori još jedna domaća instanca pre sticanja prava na obraćanje Evropskom sudu, to je uspelo samo u pogledu prava na suđenje u razumnom roku.¹⁸ S druge strane, ako je Ustavni sud ovlašćen da se meša u sudska vlast u pogledu ažurnosti rada sudova, pitanje je zbog čega takva derogacija ekskluzivnosti sudske vlasti, ustanovljena u članu 82. stav 2. ZUS, ne bi bila dovoljan presedan za kontrolu i drugih sudskih odluka. Ovo utoliko pre što se u članu 145. Ustava generalno isključuje vanskudska kontrola sudskih odluka, u koje ne spadaju samo rešenja o upravljanju postupkom, nego i sudske presude.

¹⁸ I taj „uspeh”, međutim, *de facto* je samo prividan, jer će zbog pretrpanosti Ustavnog suda zaostali i novopridošli predmetima, svako reagovanje u vidu naredbe da se postupak ubrza, biti lišeno praktičnih efekata i svedeno jedino na pravo na naknadu štete.

Osim člana 145. Ustava, smetnju za mešanje Ustavnog suda u sudsku vlast predstavlja i opredeljenje za vrstu i domašaj odluke Ustavnog suda kojom se ustavna žalba usvaja. U članu 89. stav 2. ZUS, naime, propisano je da Ustavni sud, kada utvrdi da je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno kakvo Ustavom zajemčeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda, može samo poništiti pojedinačni akt, zabraniti dalje vršenje određene radnje ili narediti da se izvrši određena radnja i odrediti da se u određenom roku uklone štetne posledice. Te štetne posledice ne odnose se na pravo na naknadu štete, regulisano u stavu 3. člana 89. i u članu 90. ZUS, jer su za ostvarivanje ovog prava predviđeni i poseban zahtev i posebna procedura. Dikcija odredbe člana 89. stav 2. ZUS upućuje na zaključak da Ustavni sud povredu slobode ili prava može da „utvrdi” i u obrazloženju svoje odluke. Ali, čak i da ima slobodu da to utvrdi u izreci, Ustavni sud svakako ima obavezu da u odluci kojom ustavnu žalbu usvaja, ako je njen predmet pojedinačni akt, taj akt poništi! U našem pravnom sistemu nije predviđen poništaj pravnosnažne sudske presude, pa je malo verovatno da je iko imao na umu da se pojedinačni akt državnog organa, uprkos nominalnoj kompatibilnosti sa sudskom odlukom koja iz ovakvog označavanja nije isključena, na sudsku presudu uopšte odnosi.

Sve ovo otvara pitanje ustavnosti odredbe člana 89. stav 2. ZUS. Ali otvara i pitanje da li je, anticipiranjem dopuštenih i ustavnih posledica odluka Ustavnog suda, u ZKP potrebno predvideti pravnu zaštitu u slučaju da Ustavni sud, kako bi to trebalo i jedino moglo da bude, samo utvrdi da je sudskom odlukom ili radnjom povređeno pravo ili sloboda okrivljenog. Smatramo da je to potrebno učiniti i da bi najpodesniji način bio dopuna osnova za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude, jer široka formulacija osnova za zaštitu zakonitosti takve situacije već podrazumeva. Otuda bi u članu 430, iza tačke 3, trebalo dodati tačku 4. koja glasi: „4) zbog povrede prava i osnovne slobode osuđenog u krivičnom postupku koja je utvrđena odlukom Ustavnog suda i pravnosnažnom odlukom međunarodnog suda ili drugog nadležnog međunarodnog organa koji je priznat potvrđenim međunarodnim ugovorom”.¹⁹

5. Zaključak

Teško je izbeći ocenu da su pojedine odredbe Ustava koncipirane nedovoljno brižljivo i uz nekritičko, a često i netačno, prenošenje sadržaja potvrđenih međunarodnih ugovora, bez uzimanja u obzir njihove evolucije razvijane kroz praksu međunarodnih ustanova. Osim prethodno pomenutih nedostataka, dovoljno je ukazati i na to da se u odredbi člana 33.

¹⁹ Proširenje i na odluku „drugog nadležnog međunarodnog organa koji je priznat potvrđenim međunarodnim ugovorom” odnosi se na odluke Komiteta za ljudska prava UN, koji nije sud, ali jeste međunarodni organ priznat potvrđenim međunarodnim ugovorom, a njegove su odluke zasnovane na Međunarodnom paktu — potvrđenom međunarodnom ugovoru.

stav 1. govori o pravu okrivljenog da bude obavešten o „razlozima dela”, da se u odredbi člana 32. stav 2. svakome u sudu, a ne samo okrivljenom ili svedoku, garantuje pravo na besplatnog prevodioca, da se u članu 33. stav 3. garantuje pravo na „besplatnog branioca”, a da se u članu 34. stav 5. ostavlja mogućnost za samim Ustavom zabranjeno snižavanje dostignutog nivoa ljudskih prava.

Uprkos nedorečenosti, nerazgovetnosti ili protivrečnosti nekih normi, novi Ustav će nesumnjivo dovesti do proširenja određenih prava odbrane.

Svakako je pozitivno to što se u Ustavu, osim osnovnih pretpostavki, koje su i do sada bile prisutne, a čine ih vladavina prava sa garancijama zaštite neotuđivih ljudskih prava (član 3) i podela vlasti sa samostalnim i nezavisnim sudstvom i jedinstvom sudske vlasti (članovi 4. i 142), propisuje i neposredna primena ljudskih prava zajemčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, uz obavezu da se propisi o tim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva (član 18). Takođe, dobro je što je pomenuto i pravo građana na obraćanje međunarodnim institucijama radi zaštite sloboda i prava proklamovanih Ustavom (član 22. stav 1).

Ipak, na ovako široko postavljene garancije i mehanizme zaštite, bačena je senka propisivanjem primata unutrašnjeg nad međunarodnim pravom (član 16. stav 2. i član 167. stav 1. tačka 2).²⁰ Ovakva relativizacija, ne samo što je zasnovana na anahronoj primeni dogme suvereniteta, nego je i pravno protivrečna. S jedne strane, supremacija Ustava nad potvrđenim međunarodnim ugovorima suspenduje neposrednu primenu međunarodnog prava, koja je zajemčena u prethodnoj rečenici istog stava u članu 16. S druge strane, suprotno pravnoj logici, takva supremacija se ne propisuje u odnosu na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava (član 16. stav 2). Najzad, ako građani imaju pravo da se obraćaju međunarodnim institucijama (član 22. stav 2), jasno je da ove institucije neće svoje odluke zasnivati na našem Ustavu, već, pre svega, na osnovnom međunarodnom pravnom aktu, koji je naša država potvrdila i kojim su i one same osnovane. Otuda, jedna otvorena norma, kakva je ona u kojoj se svrha ustavnih jemstava vidi u ostvarenju pune slobode i jednakosti u „pravednom, otvorenom i demokratskom društvu zasnovanom na načelu vladavine prava” (član 19), podrazumeva ovlašćenje međunarodne institucije da, baš onako kako je to odavno ustaljeno u praksi Evropskog suda, formulaciju „u skladu sa zakonom” (pa, tako, i u skladu sa Ustavom) ne tumači samo u okviru unutrašnjeg prava, nego i na osnovu projekcije legitimnog cilja, koji iziskuje određeni kvalitet zakona primeren demokratskom društvu.²¹

²⁰ U drugoj rečenici stava 2. člana 16. propisuje se da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom, a u članu 167. stav 1. tačka 2. određeno je da u nadležnost Ustavnog suda spada i odlučivanje o saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom.

²¹ Na primer, u predmetima *Amann protiv Švajcarske*, *Klass protiv Nemačke*, *Rotaru protiv Rumunije*.

CONSTITUTIONAL NORMS ABOUT RIGHT ON LEGAL ASSISTANCE AND RIGHT OF DEFENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

Slobodan Beljanski, Ph.D.
Attorney at law in Novi Sad

Summary

In this Article, the author discusses, in accordance with the article 67 of new Serbian Constitution, some theoretical and practical aspects of right on legal assistance. In connection with international law acts he evaluates the role of legal profession. The author analyzes norms of Constitution about defence in criminal procedure and points to necessary changes in Code of criminal procedure, when the objects are: defence of poor citizens, efficient defence, rights of persons deprived of their liberty and arrested persons, rule of non bis in idem, cross examination and rights of charged in procedures of organized criminal. The author, also, discusses about range of constitutional complaint. He concludes that the new Constitution, in spite of many defects and contradictions, will widen some rights of defence.

Keywords: Constitution, criminal procedure, legal assistance, right of defence